UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DU NANTISSEMENT
DES
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 28 Novembre 1903, à 1 heure et demie

PAR

A. WATINE

Président : M. BAILLY, *doyen.*

Suffragants : MM. DESSERTEAUX, *professeur.*
PERCEROU, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1903

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DU NANTISSEMENT

DES

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 28 Novembre 1903, à 1 heure et demie

PAR

A. WATINE

Président : M. BAILLY, *doyen.*

Suffragants : MM. DESSERTEAUX, *professeur.*
PERCEROU, *professeur.*

ACAD.
DIJON BAT.
DURL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1903

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549808_0005

DU NANTISSEMENT

DES

FONDS DE COMMERCE

INTRODUCTION

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE GAGE

—

Avant d'aborder l'étude du nantissement des fonds de commerce organisé par la loi du 1er mars 1898, et pour bien comprendre les dérogations que cette loi à apportées au régime du droit commun, il nous faut rappeler brièvement les règles du gage dans notre droit.

Les biens qui composent le patrimoine d'une personne sont la garantie de tous ses créanciers ; ces biens sont la source du crédit de leur propriétaire, et c'est en tenant compte de leur importance, que le

créancier accordera plus ou moins de confiance à son débiteur.

Lorsque la confiance est entière, le créancier ne demande aucune garantie, et si le débiteur devient insolvable, l'ensemble de tous ses biens est partagé entre tous ses créanciers. Dans ce cas, chacun d'eux est exposé à perdre la totalité ou une partie de sa créance.

Pour échapper à cet inconvénient, le législateur a mis à la disposition du créancier un moyen de se protéger d'une façon plus efficace, en l'autorisant à réclamer à son débiteur des garanties spéciales.

Tantôt le créancier demandera, avant de contracter avec son débiteur, l'engagement d'une ou de plusieurs personnes, qui répondront de la dette en cas de non-paiement. Ces engagements constitueront des sûretés personnelles. Tantôt le créancier réclamera de son débiteur une garantie réelle. Celui-ci affectera alors à la sûreté de la créance et d'une façon spéciale un ou plusieurs de ses biens. S'il possède des immeubles, il recourra à l'hypothèque ou à l'antichrèse pour fournir une garantie à son créancier. Grâce au contrat d'hypothèque, qui de plus en plus est entré dans nos usages, il pourra donner une sûreté réelle de la plus grande efficacité, tout en gardant la jouissance de l'immeuble hypothéqué.

Les meubles, qui se trouvent dans le patrimoine du débiteur ne peuvent pas au contraire, d'après les lois

françaises, être donnés en hypothèque. Ils ne peuvent être utilisés comme moyen de crédit, que par la voie du nantissement ; ils doivent être remis entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu.

C'est la possession de l'objet donné en nantissement qui assure au créancier le privilège de gage. Il faut, comme condition essentielle, que la chose engagée sorte des mains de son propriétaire, pour être remise au créancier gagiste.

Nous verrons qu'avant les modifications apportées par la loi de 1898, dans le droit civil comme dans le droit commercial, le privilège est attaché à cette mise en possession : il naît au moment de la délivrance réelle et disparaît dès que le créancier ne possède plus la chose. Cette nécessité de dépossession constituait un grave inconvénient pour le débiteur, surtout lorsque ce dernier était un commerçant. Les biens meubles qu'il possédait, consistaient en marchandises indispensables à son commerce, et tandis qu'il pouvait hypothéquer ses immeubles et en rester détenteur tout en fournissant une garantie à son créancier, pour les meubles au contraire, il devait les mettre à la disposition de son créancier et se priver ainsi de leur possession.

Il ne rentre pas dans l'objet de cette étude de rechercher les motifs qui ont fait exclure de notre code français l'hypothèque des meubles. Qu'il nous suffise de constater qu'admettre un droit de suite sur les meubles,

aurait été dans bien des cas faire échec à l'esprit de la maxime « en fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279, C. civil).

D'un autre côté, admettre l'hypothèque mobilière et ne lui conférer qu'un droit de préférence aurait eu pour résultat de n'accorder qu'une garantie illusoire à ceux qui voulaient en profiter. D'ailleurs, dans l'intérêt même du crédit, il fallait imposer une mesure de publicité destinée à informer les tiers et à sauvegarder leurs droits. Or quel moyen employer pour créer une publicité suffisante en matière mobilière, c'est à dire pour des biens sans assiette fixe et d'une individualité difficile à établir ?

Aussi le code a-t il posé ce principe formel : pas d'hypothèque sur les meubles ; le seul mode d'affectation réelle qui leur convienne, est le nantissement, c'est à dire « le contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette » (art. 2071 du C. civil). Nous verrons plus loin, après avoir passé en revue les règles générales de ce contrat, qu'elles trouvent une application difficile dans l'engagement de certains biens, et nous constaterons la tendance du législateur à tempérer la sévérité de ces règles.

Lors de la rédaction du code de commerce, le gage et en particulier le gage commercial, était d'un usage restreint. Les rédacteurs du code de 1807, préoccupés de répondre aux nécessités du commerce, ne sentirent

pas le besoin de donner une grande extension aux dispositions relatives au gage. Ils s'en occupèrent d'une manière accessoire et ne mentionnèrent pour le réglementer que le privilège du commissionnaire qui repose sur une constitution tacite de gage (art. 93 à 95) (1).

Est ce à dire que les législateurs n'aient pas prévu l'application possible des règles du gage aux matières de commerce ? Nullement.

Après avoir établi, en effet, les principes généraux du contrat de gage dans le code civil, ils estimèrent que ces règles pouvaient constituer une gène pour les commerçants et qu'il fallait des conditions particulières adaptées aux nécessités du commerce. Ils remirent donc à d'autres législateurs le soin de réglementer le gage commercial. L'article 2084 du code civil dit en effet que les « dispositions ci dessus (c'est à dire celles relatives au gage) ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent. »

Mais à cette époque, la possibilité d'établir une garantie sur les meubles sans dépossession n'existait pas. La fortune mobilière avait pris une faible extension, et fidèles à la maxime *Res mobilis, res vilis* les législateurs considéraient que les immeubles formaient

(1) Lyon-Caen et Renault. *Tr. de dr. comm.*, t. III, n° 286.

l'élément principal, pour ne pas dire unique, du patrimoine d'un individu.

C'est d'ailleurs, ce qu'écrivait Rossi en 1839 (1) : « Les législateurs de 1804 (et il eût pu ajouter le législateur de 1807) n'ont guère pensé qu'aux immeubles ; ils étaient loin de prévoir l'importance actuelle de la fortune mobilière. »

Aussi n'ont ils admis les sûretés réelles sur les meubles que d'une façon restreinte, et les ont ils entourés de formalités impraticables pour le commerce.

Le silence du code de commerce avait fait appliquer les règles du code civil, même au gage commercial ; la doctrine enseignait cette théorie, la jurisprudence la consacrait, et nous voyons cette règle formellement indiquée dans l'Exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 : « Les auteurs du code de commerce ont pris en toute matière comme base de leur travail, sans même qu'il fût nécessaire d'y renvoyer expressément, les principes, les règles du code civil, s'attachant seulement à les compléter ou à les modifier, quand il était nécessaire pour les besoins du commerce. »

Ce sont donc ces règles que nous allons d'abord sommairement rappeler.

Le code de 1804, dans les articles 2074, 2075 et 2076, établit les formalités à accomplir pour constituer vala-

(1) *Mémoires de l'Institut.* Académie des sciences morales et politiques, (année 1839).

blement un gage à l'égard des tiers ; il pose les règles exigées pour faire naître le privilège qui confèrera au créancier gagiste un droit de préférence vis à vis des autres créanciers.

Ces formalités sont étrangères aux rapports des parties entre elles. Ceux ci restent régis par les principes du droit commun (1). Ce point est nettement établi dans le rapport du tribun Gary : « S'il ne s'agit que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la vérité de cette convention doit être établie, sont celles prescrites par la loi des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général. Mais si cette convention doit être opposée à des tiers... il faut... etc. » (2)

Elles montrent la sollicitude qui animait le législateur pour les tiers auxquels le privilège du créancier gagiste pouvait préjudicier.

1° La loi exige d'abord — que le gage ait pour objet un meuble corporel ou un meuble incorporel — que le contrat soit constaté par un acte public ou par un acte sous seing privé enregistré (art. 2074).

Toutefois quand il s'agit d'un meuble corporel, elle se départit un peu de sa rigueur et l'acte écrit n'est exigé qu'en matière excédant 150 francs.

Le but que poursuit la loi est de donner au contrat

(1) P. Pont. *Petits contrats*, t. II, n° 1098. — Laurent. *Précis de dr. civil*, t. XXVIII, n° 446.

(2) Fenet. *Travaux préparatoires du code civil*, p. 215.

une date certaine qui exclut toute idée de fraude. « Sans cette précaution, dit le tribun Gary, un débiteur infidèle, au moment où il verrait que ses effets mobiliers vont être mis sous la main de la loi, parviendrait par des intelligences criminelles, à les soustraire à l'action de ses créanciers (1). »

2° L'acte doit en outre mentionner le montant de la créance et contenir une désignation complète de la chose donnée en gage. Le but de cette double énonciation est d'empêcher que par suite d'un concert frauduleux les parties ne grossissent après coup, la créance à la sûreté de laquelle le gage a été affecté, ou ne substituent à la chose primitivement donnée en gage une autre chose d'une valeur plus considérable.

Aussi, croyons nous, lorsque l'objet de l'obligation est indéterminé, il faudra évaluer le montant de la créance, car l'article 2074 exige que l'acte contienne la déclaration de la somme due (2).

Quant aux énonciations relatives à la spécialisation de la chose, il nous est impossible d'en faire une énumération complète. C'est une question de fait, abandonnée à l'appréciation des tribunaux, de décider dans quels cas elles seront suffisantes (3).

(1) Fenet. *Op. cit.*, p. 215.

(2) Laurent. *Précis de droit civil*, t. XXVIII, n° 454. Paris, 3 juin 1844, Dalloz. V° *Nantissement*, n° 90

(3) Pont. *Petits contrats*, t. II, n° 1095. Aubry et Rau, t. IV, p. 701, n° 432. Laurent, t. XXVIII, n° 455. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité de droit civil*, n° 53.

3° Ces deux premières conditions sont exigées, qu'il s'agisse de la mise en gage des meubles corporels ou des meubles incorporels. Si la chose donnée en gage est une créance, le nantissement doit en plus être signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 2075).

Pourquoi cette signification ? Pour établir un lien de droit entre le débiteur de la créance engagée et le créancier gagiste ; pour empêcher le débiteur, par l'acquittement de son obligation, de porter préjudice aux droits du créancier.

Elle a encore un autre résultat : elle sert en quelque sorte de moyen de publicité ; elle a pour but de porter le contrat de gage à la connaissance des tiers, qui, on le suppose, iront se renseigner auprès du débiteur. Ce moyen de publicité, bien insuffisant il est vrai, a été imaginé par analogie de ce qui a été fait en matière de cession de créances (art. 1690 du code civil).

Et ici se pose naturellement une question. La signification au débiteur, peut-elle être suppléée par son acceptation dans un acte authentique ?

Cette question, vivement débattue, rencontre en faveur de l'affirmative la majorité des auteurs (1). Pour combattre cette théorie l'opinion contraire s'appuie sur ce principe qu'en matière de privilège tout est de droit

(1) Pont. *Petits contrats*, t. II, n° 1106. Aubry et Rau, t. IV, p. 704 n° 432. Colmet de Santerre, t. VIII, n° 301 *bis*.

étroit ; et s'en tenant à la lettre de l'article 2075, elle admet que l'acceptation dans un acte authentique ne saurait suppléer la signification exigée (1) ; la Cour de Paris semble avoir consacré cette théorie (2).

4° Il existe enfin une autre condition imposée par l'article 2076. « Dans tous les cas, qu'il s'agisse de meubles corporels ou de droits mobiliers, que la matière excède ou non la valeur de 150 francs, le privilège ne subsiste sur le gage, qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. »

Cette condition du dessaisissement est exigée avec plus de rigueur que les autres ; et un arrêt de la Cour de cassation a même décidé que l'accomplissement de cette formalité était nécessaire, non seulement à l'égard des tiers, mais même entre les parties, pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre de son débiteur (3).

Il ne suffit pas d'ailleurs d'une possession quelconque ; il faut une possession réelle et effective, une possession telle que la chose engagée soit entre les mains du créancier et que le pouvoir dont il est investi soit exclusif d'un pouvoir semblable exercé ou conservé

(1) Laurent, t. XXVIII n° 464. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. III, n° 1025.

(2) Paris, 18 août 1881. (S. 1882. 2. 25).

(3) V. Cass. 18 mai 1898 (*Gaz. Pal.* 1898. 1. 766). Pont. *Petits contrats*, n° 1122. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. I, n° 68.

par le débiteur; et la Cour de cassation ajoute que « il est de l'essence du contrat que la mise en possession soit un fait apparent, de nature à avertir les tiers, que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son patrimoine libre. (1) »

Toutes les dispositions qui précèdent établissent les règles qui président à la constitution valable d'un nantissement. Dans les articles qui suivent, le législateur s'attache au mode suivant lequel le créancier arrivera à la réalisation du gage et par là au paiement de la créance.

Notre ancien droit français ne laissa jamais le créancier gagiste s'approprier le gage par le seul défaut de paiement; il permettait seulement, par une stipulation spéciale et expresse, de décider que le créancier pourrait vendre la chose de gré à gré, et de convenir qu'il serait cru du prix sur sa déclaration (2).

Le Code Napoléon a encore aggravé cette prohibition, et il interdit toujours au créancier de disposer de l'objet du gage qu'il a entre les mains ou qui est entre les mains d'un tiers convenu.Il lui enjoint de s'adresser à justice pour qu'il soit statué sur le sort réservé à cet objet.

Cette formalité remplie, deux voies sont ouvertes au gagiste pour obtenir son paiement, dans le cas où le

(1) V. Cass., 19 février 1894 (*Gaz Pal.* 1894. 1 303. S. 1894. 1. 273).

(2) Pothier. *Nantissement*, nos 24 et 25 ; *de l'hypothèque*, no 216.

débiteur ne satisferait pas à son obligation : Il peut faire ordonner par le juge, ou que le gage lui demeurera acquis en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères (art. 2078) ; mais jamais il ne pourra s'approprier le gage ; toute clause qui l'y autoriserait serait nulle.

Telles sont les dispositions, prises par le législateur, dans l'intérêt à la fois du débiteur et du créancier, puisqu'elles permettent, d'une part, d'économiser les frais de vente, et que d'autre part, elles garantissent le débiteur contre les abus qui pourraient se produire, s'il était à la merci d'un créancier exigeant.

Avant la loi du 23 mai 1863, ces règles s'étendaient au gage commercial ; car, nous le disions au début, le code de commerce ne s'occupait du gage que bien accessoirement, en traitant du privilège du commissionnaire, qui repose sur une constitution tacite de gage.

Il en résultait une grande gêne pour le commerce. La formalité de l'écrit enregistré, compliquait la constitution du gage ; et l'obligation pour le créancier, de s'adresser à la justice, en rendait la réalisation lente et coûteuse.

Cette situation répondait d'ailleurs à l'état d'esprit ancien, qui considérait le commerçant qui empruntait sur gage, comme se trouvant dans un état voisin de la ruine (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 256.

Deux causes devaient pourtant fatalement amener une modification de nos lois sur ce point : d'abord le développement de l'industrie et l'accroissement considérable de la fortune mobilière, et en second lieu, le changement survenu dans les usages de la fabrication. Aujourd'hui les industriels produisent beaucoup par avance ; d'importantes quantités de marchandises s'accumulent dans les magasins ou entrepôts. Le commerçant a besoin, pour la continuation de ses affaires, de recourir au crédit. Pour se procurer l'argent qui lui est nécessaire, il lui faut remettre ses marchandises en gage ; elles forment, pour ainsi dire, le plus souvent, la seule garantie qu'il puisse offrir à son créancier.

Aux conditions nouvelles de la production, il fallait une nouvelle réglementation qui en suivît les progrès et qui vînt favoriser l'extension du gage commercial et en simplifier l'usage.

Quelques faveurs furent d'abord accordées à certains établissements qui se livrent aux opérations de prêts sur gage, tels que les monts de-piété, la Banque de France et le Crédit foncier, — ou qui servent à l'emmagasinement des marchandises — tels que les magasins généraux. Ces établissements furent autorisés par des lois spéciales à faire des prêts sur gage, sans remplir les formalités des articles 2074 et 2075 du code civil.

En ce qui concerne la Banque de France (lois du 15 juin et 17 mai 1834), le gage est constaté, même à

l'égard des tiers, par la promesse que souscrit l'emprunteur de rembourser les sommes prêtées, dans un délai qui ne peut excéder trois mois. Cet écrit est dispensé de l'enregistrement prévu par l'article 2075 (1). Les avances du Crédit foncier, en tant du moins qu'elles sont gagées sur des obligations foncières émises par lui, sont assujetties aux mêmes règles de forme que celles de la Banque de France (2) (loi du 19 juin 1857). Le simple engagement de l'emprunteur qui dépose un objet aux monts-de-piété contre reconnaissance (loi du 16 pluviôse an VII, décret du 24 messidor an VII, loi du 24 juin 1851) suffit à constituer le gage même au point de vue des tiers.

Ces formes exceptionnelles d'engagement marquent une tendance du législateur à apporter quelques tempéraments à la rigueur des règles du code civil que l'expérience montrait trop méticuleuses. La loi du 23 mai 1863 généralisa ces faveurs en ce qui concerne les matières commerciales et porta remède aux inconvénients de l'ancien état de choses (3).

La réforme s'étendit aux deux formalités gênantes imposées par le code civil ; la nouvelle loi les supprima.

1° La nécessité de l'acte écrit enregistré est abolie. L'article 91, alinéa 1, du code de commerce déroge

(1) Lyon-Caen et Renault. *Tr. de dr. comm.*, t. III, p. 237 et s.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, p. 240 et 241.

(3) Beudant. *Sûretés personnelles et réelles*, t. I, nos 153 et suiv.

ainsi aux dispositions de l'article 2074 du code civil. Il stipule que le gage commercial « se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes conformément aux dispositions de l'article 109 du code de commerce. Il supprime donc la nécessité de l'acte écrit ayant date certaine (1) ; il indique simplement pour les valeurs négociables, des formes spéciales, telles que endossements, transferts en garantie, etc...

2° Pour éviter des complications, des lenteurs et des frais, le créancier qui veut réaliser le gage n'est plus contraint de recourir à l'autorité judiciaire ; il lui suffit à l'échéance d'adresser au débiteur une sommation de payer, et si elle reste infructueuse, de faire procéder à la vente des objets donnés en gage à l'expiration d'un délai de huitaine (art. 93, code de commerce, alinéa 1).

Ces deux modifications mises à part, la loi de 1863 ne fait que confirmer l'état de choses ancien.

L'article 92, alinéa 1, code de commerce exige, pour l'exercice du privilège que le gage ait été mis et soit resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. Et c'est là le point essentiel de toute constitution de gage. La tradition, qui consti-

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 268 *bis*. Beudant, *Op cit.* t. I, n° 147. Pont. *Petits contrats*, t. II, n° 1119. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, n° 149.

tue la mise en possession, prend dans ce contrat un rôle capital ; elle avertit les tiers que tel objet se trouve affecté par privilège au paiement d'une créance déterminée.

Comment s'opèrera cette tradition indispensable à la perfection du contrat ?

Pour les meubles corporels les solutions sont nettes ; il faut que le débiteur soit dessaisi de la chose engagée au profit du créancier ou d'un tiers en son nom et que l'un ou l'autre en ait la possession ; cette mise en possession présente un intérêt spécial, elle organise une publicité du nantissement, publicité rudimentaire, il est vrai, mais que le législateur ne considère pas moins comme essentielle (1).

Lorsque le gage a pour objet une chose incorporelle, la mise en possession est également requise et à ce sujet nos codes ont envisagé les créances d'une façon distincte.

Or l'idée générale qui paraît inspirer la loi de 1863 est que la constitution d'une chose en gage ne doit pas être soumise à des formalités plus compliquées que son aliénation (2).

Quelques auteurs (3) ont cependant soutenu que la

(1) Aubry et Rau, *Op. cit.*, t. IV, § 432, p. 706, note 27. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Op. cit.* t. I, n° 70.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*,n° 268.

(3) Colmet de Santerre, *Cours analyt. de code civil*, t. VIII, n° 302 *bis*, Vigié, t. III, n° 1209.

remise du titre au créancier gagiste n'était pas nécessaire. La possession consiste en effet, disent-ils, dans la détention matérielle du gage. On ne peut détenir matériellement la créance ; la détention du titre n'est pas celle de la créance, car la détention ne donne pas la possession du droit. Les articles 2076 du code civil et 92 alinéa 1 du code de commerce exigent la remise du gage au créancier gagiste. Cette condition est impossible pour un meuble incorporel ; ils sont donc inapplicables aux meubles qui ne sont pas susceptibles de possession. Du reste dans quel intérêt édicter l'observation de cette formalité ? La signification de l'acte constitutif au débiteur n'avertit-elle pas suffisamment les tiers, qui pourront se renseigner auprès de lui !

La majorité des auteurs (1) et la jurisprudence (2) ont repoussé cette théorie. Les articles 2076 et 92 alinéa 1 parlent en termes généraux. Ils semblent avoir voulu se référer aux traditions du droit romain et de notre ancienne jurisprudence qui n'ont pas admis de gage sans déplacement. «La mise en possession», disent-ils, est exigée, dans tous les cas ; pour les créances elle résultera de la remise du titre qui en est la repré-

(1) Lyon, Caen et Renault, *op. cit.*, t. III. p. 210, n° 280, Troplong, *Nantissement*, n° 280. Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1131. Aubry et Rau, t. IV, § 432, p. 705. Laurent, t. XXVIII, n° 476. Guillouard, *Nantissement*, n° 40, Wahl, *Note rapp. au Sirey*, 1897.2.89, (*Gaz. pal.*, 1894.1.303).

(2) Cass. civ., 20 janvier 1886. D. P. 86.1.406.S. 86.1.305. Cass. 19 févr. 1894. (S. 1894.1.283).

sentation matérielle et qui sert à le prouver. Nous pouvons immédiatement tirer de cette théorie une conséquence pratique le nantissement d'une créance non constatée par un titre sera impossible à réaliser.

Nous allons passer en revue les conditions requises pour la tradition de certains titres.

Pour les titres à ordre, elle s'opèrera par l'endossement régulier à titre de garantie ; pour les titres transmissibles par voie de transfert, par un transfert à titre de garantie à la condition toutefois que ce mode, d'opérer soit admis par la société qui les a émis ; pour les titres au porteur par la remise du titre. L'exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 nous dit en effet, que « le gage constitué sur des titres au porteur s'établira, « à l'égard des tiers, comme le gage constitué sur une « marchandise quelconque, sur un meuble, sur un lin- « got, ou sur un bijou, conformément aux dispositions « de l'article 109 » ; pour les titres à personne dénommée par la signification du contrat de gage au débiteur de la créance donnée en gage.

A côté des créances et des choses corporelles, il existe des valeurs mobilières que la loi n'a pas prévues. Comment remplir à leur sujet le vœu du législateur ?

La difficulté provient de l'obligation qu'impose la loi, dans tous les cas, d'une mise en possession du créancier et du dessaisissement du débiteur (1). Or il est par-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Op. cit.*, n° 77.

fois difficile de déterminer si cette mise en possession est possible.

S'agit-il d'un brevet d'invention, la Cour d'appel de Paris (1) a admis la validité d'un tel nantissement sous la seule condition de la remise du titre (2) mais c'est là créer un nantissement occulte, contrairement au vœu formel du législateur.

S'agit-il d'un droit de propriété littéraire ou artistique, la mise en possession est impossible, puisque l'objet du gage consiste dans un droit de reproduction. Toutefois on a considéré ce droit de reproduction, véritable objet du gage, comme appartenant au détenteur des objets matériels planches gravées, tableau, manuscrit et la jurisprudence a admis un nantissement, en se contentant de la remise de l'objet auquel se rapporte le droit d'auteur (3).

Telles sont les idées générales sur l'organisation du crédit mobilier dans notre droit. La nécessité de la mise en possession du créancier, condition fondamentale du gage, répond dans beaucoup de cas au but qu'elle se propose d'atteindre et qui est de protéger les tiers contre les fraudes possibles de leur débiteur. Mais lorsque l'on sort des cas prévus par nos codes et qu'à une tradition réelle on supplée par une tradition

(1) Paris, 29 août 1865. (D. 1865. 2. 231). S. 1866. 2. 345.

(2) Pouillet. *Tr. théor. et prat. des brevets d'invention*, n° 301. Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, III, n° 283. Paris, 29 août 1865, précité.

(3) Paris, 15 janvier 1874. S. 76.2.10. D. 75.2.43. Pouillet. *Op. cit.*, n° 198.

symbolique, n'est on pas loin du résultat poursuivi et ne risque-t-on pas par suite d'une insuffisante publicité de compromettre les intérêts que l'on se proposait de défendre ?

L'extension du nantissement aux fonds de commerce a fait ressortir la difficulté d'adopter les solutions de nos codes aux hypothèses qu'ils n'avaient pas principalement en vue.

La nécessité de recourir au gage avec la condition rigoureuse de dessaisissement contrariait souvent les besoins de la pratique ; cette condition de la mise en possession réelle du créancier ne répondait pas toujours au but de publicité qu'elle était destinée à atteindre ; elle était gênante pour le débiteur et elle empêchait la constitution sur une même chose de plusieurs nantissements successifs. Aussi ne faut-il pas s'étonner, que l'on se soit efforcé de tempérer la sévérité de cette règle.

Tandis qu'il existe des meubles pour lesquels on a peine à concevoir un autre mode de publicité que la mise en possession du créancier dans le contrat de gage ; il en est d'autres au contraire, qui par leur destination ou leur importance ont une certaine fixité, une assise réelle, qui permet de les rattacher à un centre d'information où se peut organiser la publicité requise (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Op. cit.*, t. III, n° 287 et t. VI, n° 1627. Thaller. *Op. cit.*, n° 898 et s. et 1735,

C'est ainsi que les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 ont considéré les navires, comme des meubles qui par leur nature se séparent nettement des meubles ordinaires. Elles ont organisé l'hypothèque sur les bâtiments de mer et les ont soustraits au principe du déplacement réel de la possession.

Des efforts ont été tentés pour introduire dans l'organisation du crédit agricole le gage sans déplacement (1), la proposition de M. Delaunay du 13 mars 1897 et le projet déposé par M. Méline le 28 octobre 1897 ont abouti à la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles.

Cette loi n'a pas organisé, il est vrai, d'une manière générale le gage sans déplacement sur tout le mobilier agricole : elle n'a pas étendu la réforme au matériel agricole, au bétail, mais l'innovation de la loi nouvelle, qui consiste dans la création « du gage à domicile » résultant de ce que le warrantage agricole laisse les produits warrantés en la possession de l'emprunteur,

(1) Le gouvernement a, le 20 juillet 1882, présenté au Sénat un proposition de loi sur le crédit agricole mobilier autorisant le gage des récoltes et des ustensiles aratoires sans déplacements. La Commission du Sénat modifia profondément ce projet en l'étendant au gage de toutes les choses mobilières, mais le Sénat a repoussé toutes les dispositions concernant le gage sans déplacements. Une proposition fut déposée à la Chambre des députés par M. Antonin Proust, le 25 octobre 1890, elle contenait des dispositions sensiblement voisines de celles du projet de 1882. Lyon-Caen et Renault, *Op. cit.*, t. III, n° 287 et notes,

marque bien la tendance du législateur de supprimer la mise en possession réelle.

Dans cette voie de gage sans déplacement, il faut citer les dispositions légales qui l'établissent pour les banques coloniales. En vertu de ces dispositions, on peut réaliser des prêts sur cession de récoltes sans dessaisissement moyennant la transcription de l'acte d'affectation faite au bureau de l'enregistrement (1) (lois du 11 juillet 1851 et du 24 août 1874).

Les fonds de commerce présentent, comme les navires, un caractère de stabilité, qui les distinguent des meubles ordinaires. Une exploitation commerciale présente en effet une situation permanente, une sorte de domicile fixe ; on peut organiser une publicité dont le centre est déterminé par cette localisation du fonds de commerce. Il devient donc possible de supprimer la condition du dessaisissement. Aussi n'est-il pas étonnant que la loi du 1er mars 1898 ait consacré le gage sans déplacement pour les fonds de commerce.

C'est l'étude de cette catégorie de biens essentiellement complexe que nous allons aborder. Nous constaterons par les débats auxquels ils ont donné lieu dans la pratique, l'insuffisance au sujet du nantissement des fonds de commerce, des règles ordinaires du gage.

(1) Lyon-Caen et Renault *Op. cit*, t. III, n° 287, p. 218 et note 1.

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION DU FONDS DE COMMERCE. — ÉLÉMENTS QUI CONSTITUENT LE FONDS DE COMMERCE. — NOTION JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE.

CHAPITRE I

DÉFINITION DU FONDS DE COMMERCE. — ÉLÉMENTS QUI CONSTITUENT LE FONDS DE COMMERCE.

---

§ 1. — Définition du fonds de commerce.

Si nous ouvrons les dictionnaires modernes, nous ne trouvons aucune explication de nature à nous renseigner sur l'étymologie du mots fonds, tel qu'il est usité dans le commerce ; il nous faut donc recourir aux livres anciens pour la recherche de cette origine. Nous constatons d'abord que l'orthographe de ce mot n'est pas toujours identique ; mais soit qu'il s'écrive avec un s ou sans s, nous remarquons que jusqu'à la Révolution

le mot « fonds » signifie « toutes les marchandises » d'un marchand.

Que nous empruntions la définition à Jean Nicot ou à Furetière, que nous la puisions dans le *Dictionnaire de Trévoux* ou dans le *Dictionnaire universel de Savary*, nous constatons que tous ont considéré l'expression « vendre son fonds » comme synonyme de « vendre toutes ses marchandises ».

En 1835, l'Académie française donne du mot « fonds » une définition où elle considère les marchandises comme une dépendance de l'établissement qui forme le fonds proprement dit (1).

A partir de 1835, nous voyons apparaître le titre de « fonds de commerce » au lieu de « fonds » simplement ; mais la nature complexe de ce bien ne permet pas d'en donner une définition précise.

Nous lisons en effet dans le *Dictionnaire du commerce et des marchandises :* « Il est plus facile de com-« prendre que de définir ce que c'est qu'un fonds de « commerce ; nous voyons nous, un fonds de commerce « dans la réunion des *choses* nécessaires à une exploi-« tation commerciale. Ce terme *choses* est sans doute « un peu vague, mais nous sommes forcés de l'employer « parce que l'essence du fonds de commerce est tout « autant incorporelle que matérielle... »

(1) Georges Hartmann. *Introduction historique au traité pratique et théorique des fonds de commerce*, par G. Lèbre, p. IX.

Nous retrouvons la même idée dans l'*Encyclopédie des gens du monde.*

La difficulté provient de ce qu'il n'existe pas de définition légale. L'usage seul peut arriver à fixer le sens de cette expression ; mais l'usage est essentiellement variable ; il diffère suivant les pays et suivant les divers genres de commerce.

Le fonds de commerce ne présente pas toujours une composition uniforme. Dans toute exploitation commerciale, se rencontrent, en plus ou moins grand nombre, des éléments dont la réunion constitue l'essence même du fonds de commerce.

Les situations pratiques, dans lesquelles se présentent les fonds, et qui tiennent à la nature des entreprises, à leur étendue, les nombreuses causes qui les différencient nous empêchent de donner une réponse précise.

Une rapide analyse des établissements commerciaux permet de reconnaître, que certains de ces éléments peuvent manquer, sans qu'il cesse pour cela d'y avoir fonds de commerce. Aussi est-on obligé de faire une moyenne, que l'on rencontre dans la généralité des hypothèses.

Après cela, quoi d'étonnant que toutes les définitions renferment une énumération ?

C'est M. Lèbre (1) qui nous dit : « Un fonds de

(1) *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, p. 1, n° 1.

« commerce est une universalité de fait, formée par « l'ensemble des éléments qui constituent un établis- « sement commercial. Les principaux de ces éléments « sont : 1° l'achalandage ; 2° l'enseigne ; 3° le matériel « et les marchandises en magasin ; 4° le droit au bail « des lieux où s'exploite ledit fonds de commerce. »

C'est ensuite M. Labori (1) qui dans sa définition nous donne à son tour une énumération.

Nous pouvons citer encore MM. Lyon Caen et Renault (2) qui désignent un certain nombre d'éléments que l'on rencontre dans la composition des fonds. « Sous le nom de fonds de commerce, disent-ils, on désigne un ensemble de choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce, principalement l'installation matérielle, l'achalandage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le droit au bail des lieux où s'exerce le commerce, la marque de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses marchandises. » Et la plupart des décisions de jurisprudence donnent une sorte de liste de valeurs composant cette espèce particulière de biens.

Si nous passons toutes ces définitions en revue, nous remarquons, qu'un certain nombre d'éléments, de valeurs, s'y trouvent généralement assemblés sous

(1) Labori. *Répertoire encyclopédique de droit français*, V° *fonds de commerce*.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 239.

l'expression « fonds de commerce » ; et effectivement, dans la pratique, qu'il s'agisse d'un acte de cession, de nantissement... etc. on les rencontre ordinairement groupés.

Est-ce à dire qu'il ne puisse y entrer aucun autre élément ? Nullement. Cette formation n'a rien d'absolu. Les éléments, qui d'habitude rentrent dans la composition d'un fonds peuvent se trouver séparés (1) ; tandis qu'au contraire on peut supposer que d'autres valeurs viennent s'y ajouter : Il faut donc se représenter le fonds de commerce comme une réunion de valeurs groupées dans le but d'une exploitation commerciale.

C'est l'idée que M. Thézard rapporteur au Sénat de la loi du 1er mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce paraît avoir adoptée, en relatant la définition de M. Labori (2) dans le *Répertoire encyclopédique de droit français* au mot « Fonds de commerce » dont voici le texte :

« Le fonds de commerce est l'ensemble des éléments « qui constituent à l'égard des tiers, la personnalité « d'un établissement commercial ou industriel ou « servent à son exploitation. En réalité, l'essence du « fonds de commerce, c'est l'achalandage, avec le plus « souvent la désignation sous laquelle l'établissement

(1) G. Lèbre, *op. cit.*, p. 2, n° 1.

(2) Labori, *op. cit.*

« est connu, les marques qui caractérisent ses produits : « d'une façon générale, tout ce qui le distingue pour « la clientèle et la rattache à lui. Le matériel de l'ex- « ploitation est d'ordinaire compris dans le fonds, mais « il n'en est qu'un élément accessoire et séparable. On « s'imagine même des fonds de commerce sans matériel « et réduits à la clientèle : il en est ainsi, pour certains « intermédiaires, qui exercent le commerce dans leurs « appartements.

« Les marchandises en cours de fabrication, ou « prêtes pour la vente font, en principe, corps avec le « fonds ; mais elles ne pourraient être confondues avec « lui : l'article 17 de la loi du 28 février 1872 les a « différenciées nettement pour l'application des droits « de mutation. »

Cette définition que M. Thézard s'est appropriée est longue et parfois un peu vague. Devons-nous l'adopter telle qu'elle est exprimée ? Elle est assurément bonne dans sa première partie.

La seconde, au contraire, qui sert d'interprétation est flottante et incertaine ! Les éléments qui rentrent dans la composition d'un fonds de commerce sont essentiellement variables, et il serait chimérique de rechercher une formule simple et précise dans laquelle rentreraient toutes les hypothèses.

On est amené à se rattacher à un type qui est fourni par la moyenne des données pratiques...

« Nous dirons donc que le fonds de commerce est

« l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard des « tiers, la personnalité d'un établissement commer- « cial ou industriel et servent à son exploitation. »

C'est sur ce type que nous allons discuter.

§ 2. — Eléments qui rentrent dans la composition du fonds de commerce.

La composition du fonds de commerce est loin de présenter un caractère uniforme : et les éléments qui concourent à sa constitution ne s'y rencontrent pas nécessairement toujours assemblés. Il en est cependant que nous retrouvons dans presque toutes les définitions et qui forment pour ainsi dire les éléments typiques du concept juridique : fonds de commerce.

Les éléments les plus usuels sont l'achalandage, la clientèle, le droit au bail, le matériel et les marchandises.

Voyons en quoi ils consistent.

1° *Achalandage*. — On peut donner à ce mot plusieurs sens. Il peut signifier tout moyen employé pour attirer la clientèle ; il peut désigner aussi l'ensemble des clients fréquentant habituellement un fonds de commerce (1).

La première définition nous paraît répondre plus

(1) G. Lèbre. *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, p. 4, n° 3.

exactement à l'idée qu'éveille ce mot. La clientèle n'est, en réalité, que la résultante des moyens employés pour l'attirer.

La valeur, la qualité des produits d'une maison, l'intelligence et le soin avec lesquels elle est gérée, la probité du commerçant, son mérite, les distinctions obtenues, les marques de fabrique sont autant d'éléments de succès, qui serviront à achalander une maison, à lui amener une clientèle ; et la réunion de tous ces titres de recommandation sera la cause qui attirera les acheteurs.

Pour obtenir ce résultat, le commerçant appose son nom sur sa boutique ; il y ajoute parfois une enseigne, et dans les circulaires, qu'il distribue au public, il se réclame des brevets d'invention qu'il exploite, des récompenses obtenues par la maison.

Par le renom de probité, de solvabilité, d'habileté qui s'y attache, le nom que le commerçant appose sur sa maison devient un élément de succès ; il devient plutôt le nom du fonds que celui du commerçant ; et les auteurs admettent que le nom du commerçant, élément du fonds de commerce, peut devenir pour l'acheteur du fonds l'objet d'une valable cession.

A côté du nom existe parfois une enseigne qui se rattache au fonds par un lien aussi étroit que celui qui unit une personne déterminée avec le nom qu'elle porte (1).

(1) Pouillet. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, nº 696.

Elle est souvent distincte du nom commercial et consiste soit dans une figure peinte ou sculptée, soit dans une dénomination de fantaisie, soit dans une appellation tirée de la situation qu'occupe le bien où le fonds est exploité.

Les brevets d'invention, les récompenses obtenues viennent s'ajouter au nom et à l'enseigne pour individualiser la maison à laquelle ils appartiennent ; ils font corps avec elle, et se transmettent avec le fonds.

Ils sont comme les signes de ralliement de la clientèle et forment les éléments constitutifs de l'achalandage.

Tous ces moyens employés pour individualiser le fonds et attirer à lui la clientèle, tendent à obtenir un bénéfice ; aussi pouvons nous dire avec M Laurent (1): « L'achalandage tend à un bénéfice, donc à une somme « d'argent, partant il doit être rangé parmi les meu- « bles. »

2° *La clientèle.* — Elle est le résultat de l'achalandage ; elle est la somme de tous les acheteurs que la renommée de la maison a groupés et qui viennent s'y approvisionner d'une façon habituelle.

Elle n'est pas nécessairement stable et toujours la même ; elle subit des fluctuations nombreuses et parfois rapides : on a vu des maisons de commerce de premier ordre tomber à un rang secondaire par suite de l'incu-

(1) Laurent. *Pr. du dr. civil*, t. V, n° 513.

rie ou de l'ignorance d'un successeur ; mais l'expérience montre, que d'ordinaire, la clientèle reste attachée à la maison de commerce, qu'elle accorde sa confiance autant et plus au fonds qu'au commerçant ; à tel point que le nouvel acquéreur ne craint pas de signaler au public le changement de propriétaire, certain que la renommée de la maison lui conservera en grande partie la fidélité de ses clients. Ainsi rattachée au fonds, elle devient un des éléments du fonds et elle est par suite un bien estimable en argent et cessible. Elle est l'objet d'une propriété immatérielle et se présente avec un caractère incorporel et mobilier puisqu'elle se résout à une somme d'argent.

3° *Le droit au bail.* — A part quelques exceptions où le commerce ne s'exploite pas dans un immeuble donné, tels que le commerce ambulant des colporteurs et celui des marchands suivant les foires, on peut poser en principe, que tout fonds de commerce comporte un siège fixe, un immeuble, que le commerçant occupe soit comme propriétaire, soit comme preneur à bail.

Or, si dans le contrat de louage, le code civil accorde au bailleur un droit de créance à raison des loyers dont le preneur se trouve débiteur (art. 1728 du code civil) il accorde aussi au preneur une créance de jouissance qui peut atteindre une grande importance (article 1619 du c. c.).

Le droit au bail consiste dans cette créance de jouissance, que possède le preneur contre le bailleur de l'immeuble où s'exploite le fonds.

Il se résout en somme dans la jouissance des lieux loués, dans un endroit déterminé, moyennant un loyer fixé d'avance et qui ne peut être augmenté.

Cette fixité dans la situation de l'immeuble et dans la durée du bail offre au preneur l'avantage de lui permettre les améliorations qui augmenteront la valeur de son achalandage.

Elle peut être d'une grande utilité si le bailleur a signé l'engagement de ne pas permettre dans le même établissement l'installation d'un commerce similaire.

Le droit au bail apparaît donc comme un droit de créance, c'est-à dire comme un meuble incorporel dont l'existence se traduit par un titre, l'acte de bail.

4° *Matériel d'exploitation* — Ce sont les objets dont la présence est indispensable pour l'exploitation commerciale du fonds. Ils y sont attachés et non destinés à être vendus.

Ce sont les ustensiles, le mobilier industriel, les machines qui servent à son installation et à son fonctionnement.

Il est incontestable que ces divers objets font partie du fonds ; car si les éléments qui constituent l'achalandage attirent la clientèle, l'agencement intérieur,

le perfectionnement de l'outillage contribue à le retenir.

Meubles meublants ils constituent des meubles corporels.

Et cependant une difficulté s'élève au sujet de la nature de ces biens attachés au fonds pour son exploitation.

Le titulaire du fonds de commerce et le propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds peuvent être et sont même souvent deux personnes distinctes, mais il en est parfois autrement.

Il est parfaitement permis de supposer que le propriétaire d'un immeuble y a établi un fonds de commerce qu'il exploite lui même, après avoir aménagé cet immeuble pour la plus grande utilité du fonds (1) ; et on se demande, dans ce cas, quelles modifications juridiques subiront les biens ainsi affectés à l'exploitation commerciale.

Si l'immobilisation de ces objets mobiliers peut juridiquement se produire, un grave conflit s'élèvera entre l'acquéreur de l'immeuble ou le créancier hypothécaire d'une part, et le créancier garanti par le nantissement du fonds de commerce, d'autre part.

La majorité des auteurs (2) penche pour l'affirmative.

(1) Fuzier Hermann. V. *Fonds de commerce*, t. 22, p. 838, § 6.

(2) Aubry et Rau, t. II, n° 164, p. 20 et s. — Baudry-Lacantinerie. *Des biens*, n° 74, p. 72, n°s 75 et 85.

« L'article 524, dit M. Bellon (1), est général, et son « énumération des objets susceptibles d'immobilisation « n'est pas limitative. »

Le propriétaire de l'immeuble, dit on, a attaché le meuble pour l'exploitation de cet immeuble ; il l'y a attaché à perpétuelle demeure, puisque le bien n'est pas destiné à être vendu ; par conséquent, les outils, le mobilier, forment des immeubles par destination.

En vain, objecterait on que les articles 524 et 525 du code civil, visent une exploitation industrielle ou agricole ; le fonds sur lequel les objets ont été placés pour servir à son exploitation, peut tout aussi bien être un fonds commercial ; il suffit pour que l'immobilisation par destination commerciale se produise, que les bâtiments aient été spécialement construits ou aménagés en vue de la destination commerciale, à laquelle ils sont intimement voués, de telle façon qu'ils ne pourraient pas recevoir une autre destination, sans une transformation complète de l'édifice (2).

« L'article 524, dit M. Lyon-Caen (3), est aussi général que possible dans ses termes : il veut que tout établissement au fonctionnement duquel certains meubles sont nécessaires, les immobilise par cette adjonction. Il faut seulement pour qu'il en soit ainsi que le bâtiment

(1) Bellon. *Du nantissement d'un fonds de commerce*, p. 34.

(2) Baudry-Lacantinerie. *Pr. du Dr. Civil*, p. 668, n° 1255 ; Laurent, *op. cit.*, t. V, n°s 463 et 464. Catalan, p. 57.

(3) Lyon-Caen, not. s. Cass., 31 juillet 1879, S. 80, I. 409.

ait été spécialement construit pour l'exploitation à laquelle servent les meubles dont il est garni. »

« Mais, cette condition remplie, il n'y a pas une seule raison tant soit peu plausible pour refuser à un hôtel garni ce qu'on est obligé d'accorder à tout autre établissement industriel ou agricole. »

C'est ainsi que les objets mobiliers affectés au service des bains dans un établissement thermal sont immeubles par destination, comme accessoires du fonds, la source thermale ; mais encore faut-il, qu'ils soient indispensables pour l'exploitation de ce fonds.

La jurisprudence est en ce sens (1).

Et cependant ne pourrait on pas admettre au contraire que les biens affectés à une destination commerciale par le propriétaire d'un immeuble ne deviennent pas immeuble par suite de cette affectation ? Pour justifier l'immobilisation, les auteurs et la jurisprudence déclarent que le matériel a été attaché à l'immeuble pour son exploitation, qu'il n'en est que l'accessoire, qu'il a été attaché à cet immeuble pour la plus grande utilité de celui ci et que comme tel il doit être immeuble par destination.

Ne semble t il pas plus juste d'admettre que le mobilier a été destiné non à l'immeuble, mais au fonds de commerce.

(1) Nov.-déc. 1885. D. 86.1.125. S. 86.1.201. Caen, 1er avril 1879. S. 802.331. Trib. Seine, 20 mai 1884. *Gaz. Trib.*, 10 juin 1884. Toulouse, 4 août 1883. S. 84.118,

L'agencement intérieur, avec son luxe, ses commodités, son confortable, contribue dans une large part à grouper et à retenir la clientèle.

Or cet agencement est le résultat d'un matériel de choix, répondant au goût des pratiques ; ce matériel a donc été apporté dans l'immeuble non pour celui-ci, mais pour attirer les clients, pour les grouper et constituer une source de profits, but principal du commerçant.

Les objets mobiliers sont donc destinés au fonds de commerce ; ils en sont l'accessoire et comme tels ils en ont la nature ; or l'un des caractères du fonds de commerce est d'être essentiellement mobilier ; le matériel placé sur l'immeuble appartenant au commerçant et destiné à l'exploitation du fonds reste donc meuble (1).

5° *Les marchandises.* — Ce sont les objets mobiliers et corporels qui garnissent la boutique du commerçant. Destinés à être vendus ils ne font que passer entre ses mains, et constituent des choses fongibles.

Elles semblent n'avoir qu'un lien bien faible avec le fonds de commerce, et ne pas faire partie intégrante avec lui. C'est du moins l'opinion suivie par quelques

(1) G. Lèbre, *op. cit.*, n° 168, p. 216. Magnier. *Essai sur le nantissement des f. de comm.*, p. 29, n° 1. Nantet. *Des fonds de comm. Leur mise en gage. Leur vente*, p. 34.

auteurs (1) et par un jugement du tribunal de commerce du Havre (2).

Malgré les arguments invoqués à l'appui de cette thèse que la loi du 28 février 1872 a semblé venir renforcer, nous admettons que les marchandises font partie du fonds de commerce et qu'elles peuvent, avec lui, faire partie d'un nantissement. Nous reviendrons d'ailleurs plus loin sur la question.

Notons simplement pour le moment que c'est l'opinion généralement admise par les auteurs et la jurisprudence (3).

Tels sont les éléments qui concourent à la constitution du concept juridique qu'on appelle fonds de commerce.

Nous les avons envisagés chacun pris séparément, nous allons maintenant rechercher la nature de l'ensemble créé par le lien qui les unit, et étudier les caractères de cet ensemble.

(1) Moutier. *Du nantissement des fonds de comm* , ch V. Nantet, *op. cit.*, p. 13.

(2) Havre, 30 mai 1899. *Gaz. Pal.*, 20 sept. 1899. *J. des faillites*, 1900, n° 2.

(3) Magnier, *op. cit.*, p. 28, n° 2. Ruffelet. *Du nantissement des fonds de comm* , p. 119, t. s. Bellon, *op. cit.*, p. 28.

CHAPITRE II

NOTION JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

—

§ 1. — Le fonds de commerce constitue-t-il une universalité juridique.

Nous avons passé en revue les principaux éléments du fonds de commerce ; nous avons constaté qu'ils formaient deux groupes bien distincts, composés, l'un d'éléments corporels, l'autre d'éléments immatériels ou incorporels. L'ensemble qu'ils constituent, se présente donc avec un aspect tout à fait hétérogène. Nous allons essayer de déterminer la nature juridique de cet ensemble.

Il s'agit de savoir si une règle unique va présider à la constitution du fonds en nantissement, ou si, au contraire, suivant à l'égard de chacun des éléments, qui rentrent dans l'ensemble, les règles de leur mise en gage, il faut accomplir pour eux les formalités établies et exigées par le code.

Va-t-on laisser à chacune des parties sa nature pro-

pre, lui conserver une existence juridique indépendante ? Ou bien va t on considérer le fonds de commerce comme une universalité, dans laquelle s'absorbent les différents éléments, comme un tout qui les englobe ? En d'autres termes, le fonds de commerce, est il une universalité de fait ou une universalité juridique ?

Pour résoudre cette question, il convient tout d'abord de préciser nettement le sens des mots.

L'universalité de fait est un simple agrégat de valeurs rassemblées par la volonté des parties en vue d'une destination unique et déterminée.

Les éléments qui la composent conservent leur individualité propre ; ils restent soumis, en présence d'un contrat affectant l'ensemble, aux règles qu'impose le caractère particulier de chacun d'eux.

L'universalité juridique suppose, au contraire, entre les différents éléments qui rentrent dans la composition du fonds, une union si intime, un tel lien de droit, que l'ensemble forme une entité juridique distincte de ses parties constitutives. L'être fictif ainsi formé possède une vie propre, dans laquelle vient se confondre la vie de chacune de ses parties ; il peut faire l'objet de droits et d'obligations particulières ; il peut devenir créancier et débiteur.

Si la caractéristique de l'universalité juridique est de former un être fictif ayant une existence propre, il apparaît que seule une semblable universalité peut posséder une nature homogène.

La fiction de l'homogénéité est incompatible avec l'universalité de fait. Or, avant la loi du 1er mars 1898 le fonds de commerce constituait bien une semblable universalité.

De nombreux auteurs (1) le soutiennent. « Nous ne voyons pas trop, dit M. Thaller, pourquoi l'on veut à toute force une universalité juridique.

« Nous y trouverions plutôt un assemblage de valeurs qui, les unes, comme la clientèle, ont une nature immatérielle ; tandis que les autres, telles que les marchandises, sont des meubles corporels. La volonté des parties peut réunir dans un contrat tous les éléments ensemble, mais rien n'empêche non plus de traiter isolément sur chacun d'eux. » (2)

Il fait remarquer d'ailleurs que la tendance à rassembler en universalité juridique les différents éléments d'un fonds de commerce, n'est pas heureuse. « Personne ne conteste qu'en fait, quand le fonds change de main, la clientèle, les marchandises, le droit au bail... passent au cessionnaire ; mais, si on considère le fonds comme constituant une universalité juridique, il n'y a pas de raison pour n'y point faire rentrer d'autres éléments. Ainsi, par exemple, dans le cas d'une entreprise établie sur un terrain et dans des locaux dont le

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 245 *bis*. Wahl, note, S. 97.2.89. Thaller *Annales du droit commercial*, 1889. *Doctrine*, p. 221.

(2) Thaller, loc. précitée.

vendeur est propriétaire, la transmission devrait porter sur l'immeuble lui même. Or personne n'a jamais soutenu que l'immeuble faisait partie intégrante du fonds de commerce au sens juridique du mot. » (1)

« Un fonds de commerce n'est pas un *universum jus*, un *nomen juris*, disent aussi MM. Lyon Caen et Renault, c'est une universalité de fait, ou réunion d'objets corporels et incorporels, unis par l'emploi auquel ils sont consacrés, mais susceptibles pourtant d'être séparés les uns des autres. » (2)

Sans doute parmi les éléments qui composent le fonds, les uns sont principaux et les autres accessoires et il semblerait dès lors que le sort des seconds doive être absorbé dans celui des premiers.

Mais il n'en peut être ainsi, que quand on suppose entre eux un lien de droit ; et quoique le lien de fait qui unit les éléments d'un fonds apparaisse très fort, il faut dire avec M. Wahl « que les éléments du fonds de commerce sont indépendants les uns des autres, que les uns sont incorporels et les autres corporels et que à supposer même que les éléments corporels puissent être l'accessoire des éléments incorporels, ils ne perdent pas leur nature juridique, ils ne s'absorbent pas dans les éléments incorporels. » (3)

Le fonds est donc un simple assemblage de valeurs

(1) Thaller. *Précis du dr. comm.*, § 85.

(2) Lyon-Caen et Renault, pet. précitée.

(3) Wahl, note s. Cass. précitée.

réunies, dans un but commun et continuant à exister individuellement sans s'absorber dans un tout doué d'une vie propre et indépendante. Comme le dit fort justement M. Thaller (1) « chacune des valeurs comprises dans l'exploitation conserve sa nature première... Ces valeurs sont seulement rendues solidaires de fait, par des considérations d'exploitation. »

C'est donc une universalité de fait.

De nombreuses décisions judiciaires prononçaient, il est vrai, le mot d'universalité juridique, mais de l'aveu même de M. Magnier (2) chaud partisan d'une telle universalité : « cette idée ne servait que de moyen pour arriver à traiter le fonds de commerce comme un ensemble de biens, de telle sorte que son nantissement pût emporter constitution en gage de chacune des valeurs particulières, comprises dans cette universalité. »

Nous ne saurions admettre une opinion qui se soutient par les conséquences pratiques qu'elle prétend justifier, et non par les principes de notre droit.

On ne peut nier cependant qu'une loi d'unité plus forte que la volonté des parties préside à la formation de cet ensemble ; que le lien intime, créé par le but poursuivi pour lequel chaque élément apporte son con-

(1) Thaller. *Traité élémentaire du dr. comm.*, n° 86.

(2) Magnier, *Essai sur le nantissement des fonds de comm. Annales du dr. commercial*, 1899.

cours, porte l'esprit à considérer l'ensemble comme un tout distinct de ses parties et à attribuer à ce tout une nature homogène.

De là les tentatives faites pour le plier à une règle unique englobant tous ses éléments, soit en le considérant comme universalité juridique, soit comme personne morale ou comme patrimoine d'affectation.

Les auteurs, nous venons de le voir, se refusent à considérer le fonds de commerce comme une universalité juridique. Malgré l'affirmation générale du rapporteur de la loi au Sénat, M. Thézard, le caractère d'*universum jus*, qu'il a reconnu au fonds, n'entraîne pas la transmission des créances et des dettes commerciales, bien qu'elle soit une conséquence logique de l'universalité juridique.

Aussi, comme nous le verrons plus loin, cette construction des fonds de commerce doit être regardée comme artificielle, même depuis la loi du 1er mars 1898.

On doit rejeter à plus forte raison, la construction du fonds comme personne morale, ou comme patrimoine d'affectation.

Le fonds de commerce peut il être traité comme personne morale, support de droits et d'obligations, vivifié par la commune destination de toutes les valeurs qui concourent à sa composition, et lui font ainsi acquérir une sorte de capacité et d'autonomie ?

Peut on le considérer comme un patrimoine spécial formé « d'un ensemble complexe de valeurs, réunies et

associées non pas tant par la personne que par le but auquel elles servent ? »

Avec ces notions de personnalité véritable des fonds de commerce et de patrimoine d'affectation, on aboutit, sur la question du transport du passif commercial au cas d'aliénation, à ce résultat, que le propriétaire du fonds pourra se libérer des dettes contractées dans l'exploitation, le fonds seul est tenu. Le commerçant disparaît, son rôle est réduit à celui d'un employé, d'un gérant du fonds.

La personne du chef de l'établissement devient secondaire ; qu'il meure ou qu'il disparaisse pour une autre cause, et qu'une autre personne s'installe à sa place, cette mutation n'altère pas l'existence de l'exploitation du fonds de commerce. Celui ci reste lui-même et continue son histoire commencée au jour de sa fondation. L'établissement lui même, cette personne morale, reste le support des dettes de l'exploitation. L'une des conséquences de telles conceptions appliquées à un bien donné, devenu créancier ou débiteur, c'est de constituer aux créanciers de ce bien un gage exclusif sur l'actif qui en dépend.

Cette théorie n'est point l'expression du droit positif français (1). Elle cherche pourtant un appui dans ce fait que la qualité de commerçant n'est pas sans avoir

(1) Gombeaux. *De la condition juridique des fonds de commerce*, p. 32.

pour conséquence une certaine dualité chez celui qui l'a acquise : « Il y a dans le commerçant, disent MM. Lyon Caen et Renault (1), deux hommes en ce sens qu'il ne se livre pas seulement à l'exploitation de son commerce, mais qu'il fait aussi des actes juridiques étrangers à cette exploitation. »

On reconnaît en effet que la condition nécessaire d'une déclaration de faillite est la suspension des dettes commerciales. On trouve là, une distinction entre les créanciers commerciaux et ceux dont le titre est étranger au commerce du débiteur. Mais il ne faut pas étendre cette distinction. Sans doute l'importance des intérêts civils laissés en souffrance ne peut avoir aucune influence sur la situation du négociant ; sans doute la faillite est un événement de la « vie commerciale », qui exige, pour qu'elle entre en jeu, qu'il y ait impossibilité ou refus, de la part du débiteur, d'acquitter les seuls engagements de commerce ; mais la faillite, une fois déclarée, toute distinction disparaît entre le fonds de commerce et les autres portions du patrimoine ; tout est réuni, tout est confondu dans la même masse (2).

Ce principe de l'indivisibilité du patrimoine entraîne, même au seul point de vue de l'administration, l'im-

(1) Lyon-Caen et Renault, t. VII, § 62.

(2) Catalan, *op. cit. Condition juridique des fonds de commerce*, p. 17 et suiv.

possibilité des faillites multiples pour un même individu. « Il n'y a qu'un failli, dit on, c'est sa personne qui est déclarée en faillite, ce ne sont pas les établissements qui lui appartiennent. » (1)

Le code de commerce lui-même repousse cette prétendue séparation ; l'article 8 impose, en effet, au commerçant l'énonciation sur ses registres des sommes employées par lui aux dépenses de sa maison à côté des recettes et des dépenses commerciales, marquant ainsi la confusion entre les deux patrimoines.

Comme nous le disions donc, cette conception de la personnalité véritable du fonds de commerce n'est pas admise dans notre droit et les règles de la faillite, qu'on invoque à l'appui de cette théorie, ne supposent aucune séparation analogue à la séparation des patrimoines en matière héréditaire.

On invoque cependant, en faveur de ces conceptions, des arguments d'analogie ; on invoque, en particulier, en faveur de cette indépendance du fonds de commerce, comme patrimoine spécial, certaines institutions particulières.

On assimile le fonds de commerce au pécule confié à l'esclave romain pour l'exercice du commerce (1) ; et l'on

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1156. Thaller, *op. cit.*, n°s 1497 et 1730. Bravard, Veyrières et Demangeat. *Tr. de dr. comm.*, t. V, p. 42.

(2) L. 5, § 15 et 16. *Dig. de tributaria atione.* Accarias. *Précis du dr. romain*, t. II, p. 10, 30, n° 880.

rappelle qu'une séparation existait entre les créanciers de la *merx peculiaris* et les autres créanciers.

Mais il s'agit là d'une organisation toute particulière, qui était une des manifestations du mépris traditionnel des Romains pour le commerce. Ce n'était pas d'ailleurs un véritable patrimoine d'affectation et les créanciers commerciaux venaient en concurrence avec le maître sur ce pécule, pour les créances que celui ci pouvait avoir contre son esclave en vertu d'une cause quelconque.

On a fait appel aussi, dans notre droit moderne, à d'autres organisations ; et l'on a cherché un argument dans le caractère particulier des sociétés commerciales. On reconnaît, en général, une certaine indépendance du fonds de commerce commun, vis à-vis des patrimoines particuliers des individus ; et l'on rattache cette indépendance à la personnalité morale (1) qui permet de faire du fonds de commerce commun le gage exclusif des créanciers de l'exploitation à l'encontre des créanciers personnels des associés.

Mais si comme le dit M. Saleilles (2), on était arrivé, dans notre ancien droit, à admettre pour les sociétés de commerce, une conception qui « répondait exactement à celle que présente aujourd'hui un patrimoine doué de personnalité » il n'en est pas moins vrai que l'on n'a

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, nos 105 et 123.

(2) Saleilles. *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, années 1897, p. 30 et 31.

jamais été jusqu'à admettre l'indépendance d'un fonds de commerce individuel, dans le patrimoine.

Il y a d'ailleurs de bonnes raisons pour ne pas élargir les règles qui consacrent l'indépendance du fonds social.

« Pourquoi, dit M. Thaller (1), n'avoir pas étendu la personnalité à un fonds de commerce individuel.

« Les raisons de la séparation respective des biens compris dans l'exploitation et de ceux qui en sont exclus étaient alors moins fortes. Le commerçant qui n'a point d'associé dirige avec une entière maîtrise ses diverses natures de biens.

« Il dépend de lui, pour conserver son crédit, de ne pas se charger, en dehors de son commerce, d'engagements dont finiraient par s'inquiéter ses fournisseurs en affaires. »

Dans une société au contraire, il fallait défendre l'actif social contre les maladresses et les faux calculs, qui amèneraient le gaspillage du patrimoine de l'un quelconque des associés.

M. Magnier (2) se montre partisan de la doctrine du fonds de commerce, universalité juridique, avec toutes ses conséquences, y compris la transmission des créances et des dettes ; il y voit un patrimoine d'affectation, séparé des autres biens du commerçant. « Il est vrai, en thèse générale, dit-il, qu'une personne n'a qu'un

(1) Thaller. *Tr. élém du dr. comm.*, n° 204.

(2) Magnier. *Essai sur le nantissement des fonds de comm.*, Paris, 1899, n°s 10 et 11, p. 21 et 22.

patrimoine : mais il est des cas où cette affirmation est démentie par les faits.

« Au sein de ce patrimoine unique et soi disant indivisible, se constituent parfois certains ensembles juridiques, certaines masses de biens affectés à une destination déterminée, c'est à dire garantissant l'acquittement de certaines obligations. Le fonds de commerce, en est un exemple : on en pourrait citer d'autres » et il cite en note la séparation des patrimoines que produit l'acceptation bénéficiaire d'une succession.

Mais la séparation des patrimoines est une mesure de protection toute particulière au profit des tiers qui ont traité avec le *de cujus* ; elle est un bénéfice légal et il fallait un texte pour déroger au principe de la confusion des patrimoines résultant de l'acceptation d'une succession (article 878 Code civil).

On ne saurait donc admettre dans l'état actuel une des deux théories que nous venons d'examiner bien qu'il pût paraître avantageux de voir l'une d'elles sanctionnée par le législateur.

La seule conception que l'on puisse se permettre du fonds de commerce comme patrimoine d'affectation, comme personne morale ou comme universalité juridique est une conception législative. « Une pareille institution ne rencontre aucune objection de principe (1). » « Ce ne serait, dit M. Saleilles (2), que la

(1) Catalan, *op. cit.*, p. 41.

(2) Saleilles, *op. cit.*, 1897, p. 40.

généralisation du principe posé par l'ancien droit, d'une distraction du gage rendue possible par voie d'affectation. »

En l'absence d'une disposition légale, qui vienne adapter au fonds de commerce l'une de ces constructions juridiques, il reste que dans tous les contrats autres que le nantissement, le fonds de commerce doit être traité comme une universalité de fait.

Nous disons dans tous les contrats autres que le nantissement, car la loi du 1er mars 1898 a fait un premier pas dans la voie de la construction juridique du fonds de commerce.

Cette loi a déterminé la nature qu'il faut attribuer au fonds ; elle semble l'avoir considéré comme un *universum jus* d'une nature homogène mobilière et incorporelle.

Les conclusions du rapport de M. Thézard (1), fournissent un puissant argument en faveur de cette opinion. « Il y a donc là (dans le fonds de commerce), un ensemble indivisible, lequel a la nature incorporelle, bien que pouvant contenir des objets corporels ; telle l'hérédité pour les jurisconsultes romains. »

« C'est donc par le caractère de cet ensemble, considéré comme objet principal, qu'il faut déterminer la règle à suivre ; les objets particuliers qui y sont com-

(1) Rapp. Thézard. *J. off.*, Doc. parl. Sénat, 1897, annexe 94, p. 806. D. 1898. 4. 20.

pris ne sont que des accessoires ou des instruments qui suivent le même sort.

« Il est évident que les meubles corporels, outillage et marchandises, ne pourront pas être remis matériellement au créancier gagiste, ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement ; la difficulté quant à ces meubles, se résout précisément par la conception de l'universalité juridique, les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés...

« En donnant aujourd'hui droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit et en traçant pour sa dation en nantissement des règles appropriées à sa nature, nous supprimons par là même les exigences inutiles et sans objet, auxquelles il a fallu se résigner. »

L'unique formalité de l'inscription au greffe du tribunal de commerce suffit pour la validité du nantissement ; il n'est plus besoin d'envisager séparément chacun des éléments qui rentrent dans la composition du fonds au point de vue de leur mise en gage ; ils s'absorbent dans un tout indivisible. Or c'est, avons-nous dit, le caractère de l'universalité juridique d'avoir une existence distincte, obéissant à une règle unique en présence d'un contrat déterminé.

M. Nautet (1) a contesté que la loi du 1er mars 1898 ait fait du fonds de commerce une universalité juridi-

(1) Nantet. *Nantissement des fonds de commerce*, p. 25.

que. Elle n'a fait, d'après lui, que fixer un point de procédure, en édictant une mesure de publicité nécessaire pour rendre opposable aux tiers la mise en gage du fonds ; il ne faut toujours voir, d'après lui, dans le fonds de commerce, qu'une universalité de fait.

Cette opinion ne saurait être admise. Elle n'explique pas en effet, pourquoi la formalité unique imposée pour rendre le nantissement opposable aux tiers se suffit à elle même, et supprime les formalités anciennes ; tandis qu'avec la création de l'universalité juridique, envisageant le fonds comme un tout indivisible, cette conception est toute naturelle.

Nous ne nions pas cependant que cette conception du fonds de commerce apparaît comme artificielle.

Elle est restreinte, en effet, au fonds de commerce objet d'un nantissement. La loi a voulu simplement mettre fin aux controverses anciennes relatives au nantissement des fonds. Elle a répudié cette notion d'universalité juridique dans ses conséquences qui pourraient être embarrassantes.

Le rapporteur s'est inspiré des idées courantes, dont la tendance est certainement de voir dans le fonds de commerce une universalité de cette nature. Il a reculé devant cette conséquence, d'après laquelle le fonds de commerce doit dès lors comprendre les créances et les dettes commerciales.

Nous ne saurions en effet admettre avec M. Magnier (1)

(1) Magnier, *op. cit.*, n° 10, p. 22.

que le fonds de commerce « comprend de plein droit les créances et les dettes, contractées pour les besoins du commerce ».

La loi nouvelle n'a pas voulu apporter une telle dérogation aux principes du droit civil sans s'être expliquée d'une façon formelle.

Le patrimoine est un ; il est le gage commun de tous les créanciers (articles 2092 et 2093 du code civil) ; chacun répond de ses dettes sur tout son patrimoine. La loi du 1er mars 1898 ne peut avoir eu pour effet d'apporter une exception formelle à ce principe dans une disposition applicable à une matière spéciale, le nantissement. D'ailleurs la transmission des créances et des dettes en dehors des règles du droit commun, ne saurait exister sans une mesure de publicité qui sauvegarde les droits des tiers ; et il faudrait admettre contrairement au principe de notre droit qui repousse complètement la transmission des dettes à titre particulier, que la cession d'un fonds de commerce emporte la cession des créances et des dettes nées de son exploitation. Or si les dettes sont exclues de cette universalité, en vertu du principe *non sunt bona, nisi deducto ære alieno*, il faut pour être logique en exclure aussi la contre-partie les créances.

Le fonds de commerce est donc considéré depuis la loi du 1er mars comme un *universum jus*. Mais qu'est ce donc qu'un *universum jus*, si l'on n'y comprend pas les

créances et les dettes qui en dépendent ? Ce ne peut être qu'une construction artificielle.

§ 2. — Le Fonds de commerce, est-il un meuble ?

Le droit français classe tous les biens sous deux rubriques : meubles et immeubles. Dans quelle catégorie devons nous faire rentrer les fonds de commerce ?

Nous reconnaissons sans peine à cette catégorie de bien le caractère mobilier, car la tendance générale (1) existe de séparer du fonds de commerce les éléments immobiliers qui se trouvent dépendre d'une exploitation.

La question s'était posée dans notre ancien droit, sinon pour les fonds de commerce que l'on désignait plus communément sous le nom de « fonds de boutique », du moins pour les commerces érigés en office, et les coutumes de Paris et d'Orléans (2) disposaient que « Office vénal est réputé immeuble ».

Sans doute, au dire de ces coutumes, les offices avaient gardé quelque chose de la nature des meubles, car en cas de vente par « décret » le prix s'en distribuait au sol la livre et non par ordre d'hypothèque

(1) G. Lèbre, *op. cit.*, nos 6 et 166. Cf. Trib. civ. Seine, 20 mai 1884 *Gaz. Trib.*, 9 juin.

(2) Art. 95. *Cout. de Paris* ; art. 485. *Cout. d'Orléans*. Pothier. Edition, Bugnet, VII, p. 90 et 92.

comme celui des immeubles. Mais l'édit de mars 1683 décida que les offices « seraient immeubles quant à tous effets ».

Les arrêts des Parlements semblent avoir considéré les fonds de boutique comme des meubles d'une nature spéciale (1) et même parfois comme des immeubles.

Un arrêt du Parlement de Besançon du 31 août 1641 décide « que les marchandises qui composent un fonds de boutique forment un seul tout, et ce tout forme une universalité qui devient un immeuble fictif ».

Il est vrai qu'un arrêt du même Parlement du 21 juillet 1781 classe un fonds de boutique parmi les objets mobiliers d'une succession (2).

Quoi qu'il en soit des divergences constatées dans notre droit ancien, d'après les conceptions de notre droit moderne, les fonds de commerce doivent être rangés dans la propriété mobilière (3).

Il n'y a d'ailleurs, dit M. Boistel, aucun motif pour le déclarer immeuble (4).

Il ne présente pas en effet, les caractères de fixité, d'immuabilité, qui sont les caractères constitutifs de

(1) Ferrières, sur l'art. 95 de la *Coutume de Paris*.

(2) Arrêts cités par Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 240, p. 168, not. 2.

(3) Planiol. *Pr. de dr civil*, t. I, p. 337 et 240. Aubry et Rau, t. II, p. 20 et 164. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 240, p. 168. Catalan, *op. cit*, p. 66. Lodereau, *op. cit.*, p. 22. Nantet, *op. cit.*, p. 27. Ruffelet, p. 50. D. s. e. Grenoble, 14 novembre 1900 et Dijon, 7 mai 1901. D, 1901. 2. 470.

(4) Boistel, p. 288 et 429.

l'immeuble. Malgré les discussions anciennes sur la question, on doit accorder au stock de marchandises un caractère mobilier, car comme le disent MM. Aubry et Rau (1) « on ne doit pas considérer comme revêtant « un caractère immobilier des meubles de même nature, « réunis en quantité plus ou moins considérable pour « servir à une destination commune et qui forment ce « qui s'appelle une universalité de fait ; c'est ainsi que « les marchandises composant un fonds de commerce, « les orangers et autres arbustes d'une serre, les livres « d'une bibliothèque et les tableaux d'une galerie con- « servent leur qualité de meubles ».

Nous avons admis que le matériel ne s'immobilisait pas puisqu'il était destiné non à l'immeuble mais au fonds. Les biens incorporels tels que le droit au bail, l'achalandage, ont un caractère mobilier, ainsi que nous l'avons vu quand nous avons passé en revue les différents éléments d'un fonds pris séparément.

Les éléments dont se compose le fonds de commerce étant tous mobiliers (2), les fonds eux mêmes doivent être classés dans la catégorie des meubles.

Au point de vue qui nous occupe, une conséquence importante découle de ce caractère mobilier, les fonds de commerce ne sont pas susceptibles d'hypothèque ; on doit au contraire leur appliquer les règles du gage.

(1) *Op. cit.*, *op. cit.*, t. II, 5e édit., p. 28, n° 164 *bis* et notes.

(2) G. Lèbre, *op. cit.*, n° 7, p. 6.

Toutefois la complexité de cette catégorie de biens a créé une tendance à les isoler des meubles ordinaires et à les soustraire aux règles générales de la propriété mobilière ; et la loi de 1898, a établi des formalités particulières pour leur nantissement qui s'opère par une simple inscription et sans dessaisissement.

§ 3. — Le fonds de commerce, est-il un meuble corporel ou incorporel?

En admettant que tous les éléments d'un fonds soient mobiliers, ils peuvent être néanmoins de qualités différentes : Les uns, matériel et marchandises sont des meubles corporels ; les autres, droit au bail, achalandage, clientèle sont immatériels ou incorporels. Dès lors quel caractère reconnaître à leur ensemble ? La question a été l'objet de nombreuses controverses.

Les uns y ont vu une universalité d'une seule et même nature juridique, dont le caractère global est déterminé une fois pour toutes dans le sens d'universalité incorporelle.

En tenant compte, dit M. Lèbre (1), de cette idée que l'achalandage est l'élément le plus important de l'établissement commercial, il faut décider que le fonds de commerce considéré dans son ensemble et en tant qu'universalité est un meuble incorporel. »

(1) G. Lèbre, *op. cit.*, n° 7, p. 7.

MM. Lyon-Caen et Renault (1) accordant, dans le fonds de commerce qu'ils considèrent comme une universalité de fait, la prédominance à l'achalandage, déclarent de même que « quand on considère à ce point de vue le fonds de commerce, on doit le ranger parmi les meubles incorporels. »

Et les décisions de jurisprudence semblent donner raison à cette théorie (2). Considérant que ce qui constitue, à leur avis, la substance du fonds est de nature incorporelle, elles accordent au fonds tout entier une nature incorporelle.

On rencontre cependant des opinions divergentes. Les unes, tout en gardant au fonds de commerce la nature d'universalité homogène, douée d'un caractère unique et global, font la balance entre les éléments corporels et incorporels qui le composent et, suivant leur importance relative, reconnaissent au fonds le caractère d'une universalité corporelle ou d'une universalité incorporelle (3).

Les autres au contraire conservent à chacun des éléments sa nature propre et veulent qu'il soit traité comme s'il était isolé. Sans doute le fonds est « un « ensemble d'objets de diverse nature, envisagés au

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, § 240.

(2) Paris, 21 juillet 2891. D. P. 93. 2. 108. *J. trib. comm.*, 1893, n° 12372, p. 411. Paris, 14 décembre 1896. D P. 98. 2. 23, etc.

(3) Cass. reb., 13 mars 1888. D. 1888, p. 351. Paris, 7 août 1897. D. 1898. 2. 437.

« point de vue d'un caractère commun », sans doute c'est une universalité, mais on ne peut admettre « qu'elle ne soit point complexe, et qu'il soit possible « de ne lui attribuer qu'une seule nature (1).

Quelques auteurs sont du même avis (2). Nous ne « voyons pas trop, dit M. Thaller (3), pourquoi l'on « veut à toute force y voir une universalité juridique. « Nous y trouverions plutôt un assemblage de valeurs « qui les une comme la clientèle ont une nature imma- « térielle, tandis que d'autres, telles que les marchan- « dises, sont des meubles corporels ; il faut appliquer « à chacune de ces valeurs prise à part des autres les « règles qui conviennent à sa nature intrinsèque. »

Quoi qu'il en soit, la tendancegénérale consiste à voir dans le fonds de commerce une universalité de nature mobilière incorporelle.

Cette solution a une grande importance dans la pratique. Elle donne compétence aux officiers ministériels, désignés pour la vente des meubles de cette nature. Elle rend inapplicable l'article 2279 du Code civil, car on admet généralement que la règle « en fait de meubles possession vaut titre » ne vise que les meubles corporels et ne s'applique pas aux universalités juridiques (4). Mais sans contredit, c'est à l'occasion du nan-

(1) Magnier et Pruvost. *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 63.

(2) Note Albert Wahl, n. Paris, 26 février 1895. S. 97. 2. 89.

(3) Thaller, note ds *Ann. du P. C* , 1889. Doct , pp. 221 et suiv.

(4) Aubry et Rau, *op cit.*, t. II, n° 183. Baudry-Lacantinerie et Tissier. *Prescriptions*, n° 839.

tissement des fonds de commerce que la question de la nature juridique des fonds a été le plus vivement discutée.

La jurisprudence civile en était arrivée, dans la plupart des cas, à reconnaître au fonds le caractère de meuble incorporel ; par suite, elle se contentait, pour la validité du nantissement des formalités simples et symboliques des meubles de cette nature, sans les formalités gênantes que les règles ordinaires auraient exigées.

Aujourd'hui, ce point de la controverse est réglé par le législateur. La loi du 1er mars 1898 a entendu consacrer la conception du fonds de commerce comme meuble incorporel.

Les travaux préparatoires nous semblent décisifs en ce sens. C'est ainsi que M. Thézard, rapporteur au Sénat, disait : « Il y a donc là un ensemble indivisible, « lequel a la *nature incorporelle*, bien que pouvant con- « tenir des objets corporels, tel l'hérédité pour les « jurisconsultes romains. C'est donc par le caractère « de cet ensemble, qu'il faut déterminer la règle à sui- « vre ; les objets particuliers qui y sont compris, ne « sont que des accessoires ou des instruments qui doi- « vent suivre le même sort. »

Si donc, la solution qui voit dans les fonds une universalité de nature incorporelle, a pu être discutée avant la nouvelle loi, parce qu'elle était excessive, il semble

que nous devons désormais l'accepter en principe, et nous rallier au système des auteurs qui l'ont défendue.

§ 4. — Le fonds de commerce est-il un corps certain, ou une chose fongible ?

Un autre caractère des fonds de commerce a soulevé des controverses. Est il un corps certain ou une chose fongible ?

Dans l'ancien droit où l'on ne voit dans un fonds de commerce qu'une universalité de marchandises, on a soutenu que le fonds est une chose fongible (1) et cependant nous trouvons au *Répertoire* de Merlin (2) des arguments en faveur d'un fonds de boutique considéré comme universalité.

« Le fonds de commerce, y lit on, est un individu très distinct, *un corps certain et inconsomptible* » c'est un tout qui, au lieu de souffrir de la mobilité, de la fongibilité, si l'on veut, de ses parties, s'entretient au contraire, se conserve et prospère par cette mobilité même ; il ne consomme que pour remplacer, et plus il multiplie ses remplacements, plus il augmente ses bénéfices... »

Cette idée, qui depuis longtemps a triomphé. « Il est

(1) Rouen, 5 juillet 1824. S 1822-1824. 2. 398. Toulouse, 18 décembre 1832. S. 33. 2. 309. Proudhon. *Tr. des dr. d'usufruit*, t. II, n° 1845.

(2) *Répertoire d'usufruit*, § 4, n° 8, p 382.

« certain, dit Troplong, que le fonds de commerce est « un droit incorporel qui comprend sans doute des « choses fongibles et renouvelées, mais qui subsiste « dans le roulement incessant des valeurs dont il est com- « posé... » « Il est censé ne pas éprouver de changement. Il subsiste à l'égal du troupeau dont les bêtes sont remplacées par d'autres bêtes (1). « Il est une individualité inconsomptible qui vit sans cesse par le mouvement, l'échange et le remplacement des choses sur lesquelles s'exerce le négoce, qui par conséquent ne peut être considérée comme chose fongible. »

La doctrine et la jurisprudence actuelles admettent qu'il faut considérer le fonds de commerce comme une universalité indépendante de la mobilité de ses éléments.

« Le fonds continue de subsister, disent MM. Lyon-Caen et Renault (2) comme universalité de fait, *universum corpus*, soit par le renouvellement des marchandises, soit par la conservation des objets tels que le matériel, les instruments de fabrication qui ne sont pas destinés à être vendus. »

C'est le même langage que nous trouvons reproduit par MM. Aubry et Rau (3) : « Un pareil fonds constitue une sorte d'universalité (*universum corpus*) qui continue de subsister tant par la conservation des objets qui

(1) Troplong *Tr. du C. de mariage*, t. IV, n° 3160 et s.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit* , t. III, p. 168, n. 242.

(3) Aubry et Rau. *S.*, t. II, n° 236, p. 740.

ne sont pas destinés à être vendus, que par le renouvellement successif des marchandises qui en font partie. »

Certains auteurs ont cependant voulu le décomposer, et reconnaître à l'usufruit dont il est l'objet, un caractère différent suivant l'objet sur lequel il porte ; le considérant comme quasi-usufruit en ce qui concerne les choses fongibles, comme les marchandises, et comme un véritable usufruit en ce qui concerne la clientèle, etc. « Il importe peu, dit M. Wahl (1), que les marchandises fassent partie d'une universalité juridique, qui, dans son ensemble, donne lieu à un véritable usufruit, si elles-mêmes (les marchandises), elles sont sujettes par leur nature à un quasi usufruit. »

Or le fait du groupement de divers éléments qui ne sont pas tous des corps certains ne peut constituer un ensemble qui présente ce caractère.

Mais pourquoi dénaturer l'intention des parties ? Elles ont donné en usufruit le fonds de commerce comme bloc, garni de ses marchandises ; elles ont implicitement autorisé l'usufruitier à les vendre comme administrateur du fonds, quitte à celui ci à les remplacer par d'autres qui seront « subrogées » aux anciennes au fur et à mesure de leur écoulement, sous peine de se voir enlever l'usufruit par application de l'article 618 du Code civil.

(1) Note s. Cass., 26 fév. S. 1895, p. 102.

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE DU NANTISSEMENT

CHAPITRE PREMIER

DIFFICULTÉS ANTÉRIEURES A LA LOI DE 1898.

—

Une très vive controverse régnait dans la jurisprudence sur la question de savoir si un fonds de commerce pouvait faire l'objet d'un nantissement. La difficulté provenait de la nature complexe d'un tel bien, et de l'impossibilité où l'on se trouvait, d'adapter à la constitution du nantissement les règles du Code civil et du Code de commerce.

Un commerçant doit pouvoir affecter spécialement, pour son crédit, à la garantie de ses créanciers, tous les éléments de son patrimoine. De nos jours surtout où les conditions de la production ont subi une transformation complète, la possibilité pour le commerçant

de se procurer l'argent nécessaire à la continuation de sa fabrication est devenue d'une nécessité impérieuse. Les fabricants produisent par avance des quantités considérables de marchandises, qu'ils ne peuvent écouler immédiatement ; et à moins de se trouver dans une situation de fortune tout exceptionnelle, ils sont dans l'obligation de recourir à l'emprunt.

Pour avoir chance de réunir les capitaux qui lui font défaut, et dont le besoin se fait impérieusement sentir, et pour inspirer confiance au prêteur, il faut que le commerçant puisse affecter son patrimoine d'une façon spéciale à la sûreté de la dette qu'il contracte.

Avec le développement de la propriété mobilière, était née l'idée du crédit mobilier : le petit détaillant songea à tirer parti de la valeur de crédit la plus considérable de son patrimoine : le fonds de commerce.

Le contrat de gage lui en fournissait le moyen. Mais la loi n'avait prévu aucune règle spéciale de mise en gage, pour cet objet que l'analyse révéla complexe.

Le Code civil, dans l'article 2076, exige comme condition essentielle de toute constitution la mise en possession du créancier gagiste. Et s'il est vrai que les règles de cette mise en possession diffèrent suivant que le gage porte sur des choses corporelles ou sur des choses incorporelles, il n'en résulte pas moins que, *dans tous les cas*, le dessaisissement du débiteur est nécessaire.

Or le fonds de commerce est un meuble de nature

complexe composé d'éléments corporels et d'éléments incorporels ; il était donc logique d'appliquer à chacune des deux catégories d'éléments qui entrent dans sa composition les règles propres à la nature de chacun d'eux.

Pour les meubles corporels en particulier un dessaisissement matériel, une tradition réelle, une mise en possession effective réalisaient seuls les formalités exigées par le Code. Ce dessaisissement présentait le grave désavantage de priver le commerçant d'une partie de son patrimoine.

Pour remédier à cet inconvénient, la jurisprudence considérait le fonds de commerce comme un tout, tantôt corporel, et tantôt incorporel, suivant la nature de son élément dominant. Elle adoptait la fiction de l'universalité juridique et supprimait les inconvénients de la conception du fonds comme universalité de fait. Or comme nous l'avons vu dans l'étude de la nature juridique du fonds de commerce, à cette époque, le fonds ne constituait pas en droit un *universum jus*. Cette conception nouvelle souleva donc de nombreuses controverses et amena une lutte acharnée entre les juridictions civiles et les tribunaux consulaires.

Section I

Jurisprudence des juridictions civiles.

La première difficulté qui s'est élevée a été celle de savoir si, d'une manière générale, les fonds de commerce pouvaient faire l'objet d'un nantissement.

Déjà quelques décisions anciennes avaient posé en principe que le droit de gage consenti par un débiteur sur son fonds de commerce était nul, si ce débiteur en continuait lui même l'exploitation. Un arrêt, rendu par la Cour de Paris, le 26 juillet 1851 (1), en particulier, refusait de considérer comme valable le contrat de gage, consenti par un débiteur sur son fonds de commerce. Dans l'espèce, il s'agissait d'un boulanger, qui avait donné son fonds en gage à l'un de ses créanciers. Cet arrêt était conforme aux principes généraux du droit, qui exigent la mise en possession réelle du créancier gagiste ; car, « l'industrie n'ayant pas cessé d'être aux mains du débiteur et exercée par lui, le contrat manque des conditions de dépossession, qui sont les éléments du privilège. »

D'autre part, la jurisprudence de la même époque était appelée à statuer sur des hypothèses voisines, et elle admettait que le droit au bail pouvait être donné

(1) Paris, 26 juillet 1851 (S. 51.2.619).

en nantissement, sans qu'il fût besoin de dépossession effective (1) : il ne s'agissait, il est vrai, que d'un droit au bail isolé, indépendamment de toute attache à l'exploitation d'un fonds de commerce.

Par suite du développement de la vie commerciale, les controverses sur la question de la constitution en gage des fonds de commerce devinrent plus fréquentes, et dans les vingt dernières années surtout, elles furent l'objet de nombreuses décisions judiciaires.

L'une d'elles, que nous allons envisager particulièrement et qui donna lieu à l'arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation, du 13 mars 1888, est resté le principal arrêt que l'on a rappelé dans toutes les controverses relatives à ce sujet.

Cet arrêt considère le fonds comme un tout, pour le nantissement duquel le dessaisissement effectif du débiteur entre les mains du créancier gagiste n'est pas une condition indispensable, et la jurisprudence civile depuis lors resta fidèle à ces principes.

Voici l'espèce à l'occasion de laquelle intervint cet important arrêt.

En 1873, le sieur Morlot donna à bail au sieur Bourgeois un immeuble, situé à Cannes, pour y établir un hôtel, sous le nom de Splendide Hôtel. Les époux Bourgeois cédèrent au sieur Robin, moyennant le prix de 150.000 francs, le fonds de commerce du Splendide

(1) Civ., 13 avril 1859 (D. P. 1859.1.167).

Hôtel. Un sieur Poydenot avança à Robin une somme de 40.000 francs stipulés payables comptant, sur le montant du prix de cession. Cette somme fut garantie par un acte notarié en date du 27 décembre 1881. « M. et Mme Robin, pour garantir à M. Poydenot le remboursement du montant de la présente obligation, lui ont, par ces présentes, remis à titre de nantissement, le fonds de commerce d'hôtel meublé, exploité à Cannes... En conséquence, M. Poydenot exercera sur le fonds de commerce à lui remis en gage, et plus particulièrement sur les baux sus énoncés les droits et privilèges que lui confère la loi, par préférence et priorité à M. et à Mme Robin et à tous autres, mais postérieurement à M. Bourgeois pour ce qui peut rester dû à ce dernier sur le prix d'acquisition. Afin d'assurer à M. Poydenot le privilège résultant du présent nantissement, M. et Mme Robin lui ont remis une expédition du contrat de vente sus énoncé du 22 décembre courant. »

Le sieur Poydenot fit signifier ce nantissement au propriétaire et bailleur de l'immeuble où s'exploitait l'hôtel.

Peu après, les époux Robin furent déclarés en faillite et le sieur Poydenot émit la prétention d'être admis au passif, comme créancier privilégié, pour la somme de 40.000 francs, par lui avancée.

Sur le refus du syndic d'admettre ce privilège, l'affaire fut portée devant le tribunal de commerce de Gre-

noble. Jugeant que le matériel était ici l'élément le plus important, et qu'en conséquence, le fonds de commerce devait obéir au dessaisissement effectif — formalité qui avait été omise — celui-ci sanctionna la résistance du syndic.

La Cour de Grenoble infirma le jugement (1).

Elle pose en principe que le fonds de commerce est une universalité juridique qui comprend : 1° L'achalandage, le nom et l'enseigne. 2° Les ustensiles et marchandises. 3° Les créances actives et passives. 4° Les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation tels que le droit au bail.

Elle reconnaît, *dans tous les cas*, à cette universalité la nature de meuble incorporel et refuse à un tribunal le droit d'apprécier si la prédominance de l'un des éléments ne peut pas changer la nature du fonds.

Il ne reste donc à examiner, d'après elle, que la question de savoir si « les règles prescrites par les articles 2075 et 2076 du code civil, ont été régulièrement observées.

Or, l'acte de nantissement, enregistré, a été remis au sieur Poydenot créancier et dès lors la tradition symbolique, seule exigible pour un meuble incorporel a été opéré par la remise des titres ; la signification a été faite au propriétaire et bailleur de l'immeuble, le sieur Morlot, seul débiteur dans l'espèce.

(1) Grenoble, 16 avril 1886. *Rec. de Grenoble*, 1886, 199.

En conséquence elle estime que les formalités exigées par la loi ont été remplies, et elle conclut que Poydenot a été régulièrement nanti.

Le syndic de la faillite Robin s'est pourvu en cassation contre cet arrêt. La Cour de cassation rejeta le pourvoi fondé sur le défaut de dessaisissement et sur la continuation de l'exploitation par le débiteur (1).

En raison de l'importance de l'arrêt du 13 mars 1888 qui a servi de base à la jurisprudence des juridictions civiles, nous en reproduisons la teneur.

« La Cour ; sur le moyen tiré de la violation et fausse application des articles 2075, 2076, 2102 du code civil, 91 et 92 code de commerce.

« Attendu que par acte notarié du 27 décembre 1881 les époux Robin ont, pour sûreté d'un prêt de 40.000 fr., donné en nantissement à Poydenot, le fonds de commerce désigné sous le nom de Splendide Hôtel, par eux exploité à Cannes, et comprenant la clientèle et l'achalandage, le droit au bail de l'immeuble, le mobilier et le matériel servant à l'exploitation.

« Attendu que ledit fonds de commerce constituait ainsi une universalité juridique composée d'éléments divers dont les uns, comme le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail avaient le caractère des meubles incorporels.

(1) Cass. req., 13 mars 1888, D. 1888.1.351.

« Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail, que ce sont principalement ces éléments qui le constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation.

« Attendu d'ailleurs, que l'arrêt attaqué déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement, qu'en jugeant dans ces circonstances que ledit fonds de commerce, pris dans son ensemble était un meuble incorporel, la Cour de Grenoble n'a violé aucune loi.

« Attendu que lorsque la chose donnée en gage est incorporelle, pour opérer la constitution du nantissement et la création du privilège il faut mais il suffit : 1° que le créancier gagiste ait signifié l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée ; 2° que celui qui constitue le gage ait remis au créancier gagiste le titre établissant son droit sur la chose engagée ; que dans ce cas, en effet, la tradition matérielle étant impossible, la mise et le maintien en possession du gage, exigées par l'article 2076 résultait de la remise et de la détention du titre aux mains du créancier.

« Attendu que, lorsque ce titre est un acte authentique ce serait ajouter à la loi que d'exiger la remise de la grosse, que la remise d'une expédition suffit pour opérer le dessaisissement du débiteur et l'investisse-

ment du créancier et satisfait aux prescriptions légales.

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que les époux Robin ont remis à Poydenot, au moment même où le nantissement était par eux consenti, une expédition de l'acte notarié établissant leur droit sur le fonds de commerce du Splendide Hôtel et que Poydenot a, par exploit du 27 janvier 1882, fait signifier l'acte de nantissement au propriétaire de l'immeuble. « D'où il suit que l'arrêt attaqué en déclarant que dans l'espèce, le nantissement était régulier et devait produire tous les effets légaux n'a fait qu'une exacte application de la loi.

« Rejette.

La Cour de cassation semble donc ratifier pleinement la décision de la Cour de Grenoble.

Et cependant elle s'en écarte sur un point important. Tandis que la Cour de Grenoble regarde le fonds de commerce comme meuble incorporel dans tous les cas, la Cour de cassation nous paraît faire ses réserves (1).

Ne semble-t elle pas en effet, admettre le principe du fonds de commerce, meuble incorporel, d'une manière relative, quand elle s'exprime en ces termes dans ses considérants :

« Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de *cette nature*, est l'enseigne, l'achalandage

(1 Bellon. *Nantissement des fonds de commerce*, p. 74.

et le droit au bail... » « attendu que *dans l'espèce*, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle » des autres éléments du fonds...

Ne sommes-nous pas en droit d'en déduire que si les éléments corporels occupent une place prépondérante dans la constitution du fonds, celui-ci devient un meuble corporel auquel il faut appliquer les règles de la mise en gage des meubles corporels, et notamment celle de la mise en possession réelle et effective ?

C'est l'opinion admise par MM. Magnier et Pruvost (1). Ils tirent des termes employés par la Cour, un argument *a contrario*, « Quand les circonstances de fait « permettront au juge de considérer que la valeur du « mobilier et du matériel constitue la partie la plus « importante du fonds de commerce, le principe devra « être renversé. »

L'arrêt de la Chambre des Requêtes semble un arrêt d'espèce et non de principe. Cependant sa décision fut généralement suivie par les Cours d'appel, qui déclarèrent que le fonds de commerce, universalité juridique, est un meuble incorporel ; sans faire état des restrictions que comportait l'arrêt de la Cour, elles se montrèrent favorables à la pratique des nantissements symboliques des fonds de commerce (2).

(1) Magnier et Pruvost, *op. cit.*, pp. 22 et 23.

(2) Paris, 21 juillet 1892. D. P. 93.1.108. *Pand. fr*, 93.2.197. Lyon, 14 mars 1895, infirmant trib. St-Etienne, 10 janvier 1894. *J. Trib. comm.*

Certaines décisions dépassèrent la doctrine de la Chambre des Requêtes et considérèrent le fonds *dans tous les cas* comme meuble incorporel (1). « Considé-« rant, dit la Cour de Paris, dans son jugement du « 21 juillet 1892, que malgré la diversité des éléments « dont il se compose, un fonds de commerce n'en est « pas moins une chose unique, ayant une existence « propre et indépendante de ses parties, que pour « déterminer la nature juridique de cette chose, les « principes généraux du droit commandent de s'atta-« cher à ses éléments essentiels ; etc... que les éléments « essentiels d'un établissement commercial, ceux qui « en constituent réellement « le fonds » sont le titre, « l'enseigne et l'achalandage sans lesquels il ne saurait « subsister dans son identité ;... que le titre, l'enseigne « et l'achalandage étant de nature mobilière et incor-« porelle, il en résulte que le fonds de commerce tout « entier revêt le même caractère. »

La Cour ne pense pas, étant donnée la nature des fonds de commerce que l'on puisse critiquer les formalités de la mise en gage prescrites par la Cour de cassation. Mais elle constate que cette théorie n'est pas sans danger, et la seule excuse qu'elle trouve à son

1895, n° 13.287, p. 809. S. 97.2.89. Paris, 22 juillet 1896. *Journal des trib. de comm.*, 97, p. 373. Paris, 26 février 1825. S. 97 2.89. Paris, 7 août 1897. D. P. 98 2.437.

(1) C. fr., Paris, 21 juillet 1892. D. P. 93.2.108. Paris, 24 déc. 1896, D. P., 98.2.23.

application est « que la loi est restée muette sur les moyens de prévenir la réalité du danger signalé par le syndic (difficulté pour les tiers de connaître un nantissement constitué par la simple remise des titres de propriété des fonds), et qu'il n'appartient pas au juge d'ajouter à ses dispositions. »

C'est ce danger lui-même qui amena la résistance des tribunaux consulaires.

Sans doute un arrêt récent de la Cour de Paris du 2 novembre 1898 semble revenir à une application plus exacte de l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1888 (1). Considérant que dans le fonds donné en nantissement « les droits incorporels ne sont pas la partie principale et essentielle des objets donnés en gage et qu'au contraire les meubles corporels en constituent la réelle valeur... que dans l'espèce, l'élément dominant est le matériel et le mobilier : il déclare que le gage est corporel... et que le nantissement dans son ensemble est de nul effet. »

En conséquence, l'arrêt confirme le jugement du tribunal de commerce qui lui était déféré et se trouve en contradiction avec les précédents.

Toutefois dans la majorité des hypothèses, la jurisprudence civile admettait le nantissement sans tradition réelle, sans dessaisissement effectif, se contentant d'appliquer les formalités de la remise des

(1) Paris, 2 nov. 1898, D. P. 99.2.196.

titres et de la signification du nantissement au bailleur.

Les juridictions consulaires opposèrent à cette théorie une résistance constante. Nous allons voir les motifs qui les empêchaient de se rallier à la théorie des cours et les solutions qu'elles admettaient.

Section II

Jurisprudence des Tribunaux consulaires.

Les Tribunaux de commerce justement émus des conséquences funestes pour le crédit public du caractère occulte de la mise en gage des fonds de commerce se refusèrent à admettre la jurisprudence des juridictions civiles. Nous avons vu que certains tribunaux (1) considéraient le fonds de commerce comme un meuble d'une nature incorporelle et réclamaient comme seule formalité, nécessaire pour la constitution en gage, la signification de nantissement de l'article 2075.

L'accomplissement de cette formalité soulevait une difficulté : l'article 2075 stipule que le privilège du créancier gagiste s'établit pour les meubles incorporels, par la signification au débiteur de la créance donnée en

(1) Cf. Paris, 21 juillet 1892 (D. P 93.2.108), Paris, 24 déc. 1896 (D. P. 98.2 23).

(2) Arrêt du 13 mars 1888. D. 1888.1.351.

gage. Comment peut on trouver dans le nantissement du fonds de commerce, un débiteur à qui le nantissement pourra être signifié ?

En décomposant le fonds, les tribunaux remarquèrent que l'un de ses principaux éléments était le droit au bail qui constituait une créance.

La signification au bailleur de l'immeuble loué pour l'exploitation commerciale était donc nécessaire aux termes de l'article 2075 (1). Mais à quel but répondait cette signification ?

Elle servait d'abord à établir un ordre de préférence entre le créancier gagiste et ceux qui pouvaient avoir des droits sur le fonds donné en gage ; on y voyait aussi une mesure de publicité destinée à porter le nantissement à la connaissance des tiers.

Or qui renseigne-t-on ? Le bailleur, qui d'après M. Thézard (2), « n'a nul intérêt dans l'affaire, ses droits étant toujours sauvegardés ». Quant aux autres créanciers la connaissance qu'ils pourraient avoir de la signification ne leur ferait connaître le nantissement que pour une partie du fonds : le droit au bail.

Il peut même se présenter des cas où cette signification ne peut être accomplie (3), « lorsque le débiteur

(1) Code civil, article 2075.

(2 Thézard. Rapp. au Sénat, 23 déc. 1897, annexe 94. *J off.*, du 28 fév. 1898, p. 109.

(3, Magnier et Pruvost, nos 24 et 25. Moutier, p. 16.

exploite un fonds dans son propre immeuble, ou que le fonds ne comporte pas de bail. »

C'était aussi l'avis de M. Wahl (1), « que la dation en nantissement d'un fonds de commerce était impossible dans le système de la Cour suprême, parce que la nature d'universalité juridique attribuée à cet objet, et les conséquences qu'en tire la jurisprudence, au sujet des formalités à accomplir, rendent toute publicité, soit en tous cas, soit en certains cas, impossible à remplir. »

La signification ne remplissait donc pas le but que la loi semblait lui assigner, et qui était d'assurer, par la publicité, la protection des tiers.

La jurisprudence exigeait comme seconde formalité, la remise entre les mains du créancier gagiste, des titres constatant la propriété du débiteur sur le fonds de commerce.

Aux yeux des juridictions civiles, cette remise avait pour but de remplir les prescriptions impérieuses de la loi, relatives au dessaisissement du débiteur et à la mise en possession du créancier.

Quand le nantissement porte sur une créance, la remise du titre opère bien dessaisissement, car « le titre est le seul mode d'extériorisation de la créance, et dans ce cas, la mise en possession du créancier reçoit sa perfection, le débiteur se trouvant dépouillé des moyens

(1) Wahl, notes ses arrêts de Paris du 26 fév. 1895, S. 97.2.89.

de disposer de la chose, et de faire croire qu'elle est encore dans son patrimoine à sa libre disposition (1).

Mais le dessaisissement tel que le pratiquait la jurisprudence était absolument insuffisant. La remise des titres du commerçant ne le privait pas de l'exploitation de son fonds.

Or pour qu'il y ait réellement dessaisissement, il faut que la chose engagée soit aux mains du créancier et que le pouvoir dont il est investi soit exclusif d'un pouvoir semblable exercé ou conservé par le débiteur (2).

La remise des titres de propriété du fonds, tout en laissant au commerçant l'exploitation du fonds, répondait elle bien au principe de dessaisissement.

Peut on dire que le débiteur est véritablement dessaisi lorsqu'il continue à exploiter lui même en son nom personnel le fonds qu'il a prétendu engager ?

La remise du titre se justifie quand il est impossible d'appliquer aucun autre dessaisissement ; mais la remise matérielle n'est pas impossible pour le fonds de commerce. Le commerçant peut remettre à son créancier l'usage de son fonds. Sans doute on ne saurait contester les inconvénients d'un tel procédé. Priver le commerçant de son exploitation c'est l'exposer à la ruine, et le créancier n'apportera pas à la prospérité

(1) Baudry et de Loynes, œuv. cit., p. 64 et 74.

(2) Baudry et de Loynes, p. cit., t. 22, p. 59 et 69.

de l'établissement la vigilance qu'y eût apportée le véritable titulaire du fonds.

Aussi, est ce là la seule excuse que puisse invoquer la Cour en faveur du dessaisissement symbolique.

Et cependant si l'on admet cette fiction, le nantissement devient pour le commerçant malhonnête un moyen de tromper les tiers, qui, ignorant l'engagement de cette portion de l'actif, ont donné leur confiance au commerçant.

Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 5 juin 1891 (1) empruntant les termes de l'arrêt du 13 mars 1888, valida un nantissement constitué avec les seules formalités de la remise des titres et de la signification au bailleur.

Mais, depuis ce jugement, la jurisprudence du tribunal se fit une véritable loi d'exiger en toute hypothèse, le dessaisissement du débiteur (2). La résistance com-

(1) 5 juin 1891. D. P. 93.2.108.

(2) Trib. comm. Seine, 9 janvier 1892. *J. trib. comm* , 1893, n° 12.492, p. 162 et note ; 24 août 1893. *J. trib. comm.*, 1895, n° 12.993, p. 35. Trib. comm. St-Etienne, 10 janvier 1894. *J. trib. comm* , 1895, n° 13.287, p. 809. Trib. comm. Seine, 4 août 1894 sous Paris, 4 janvier 1896. *J. trib. comm.* 1896, n° 13.473, p. 507. S. 97.2.89, 13 déc. 1894. *J. trib. comm* , 1896, n° 13.342, p. 84. *Ann. de Dr. comm* , 1895, pp. 58 et s., 26 fév. 1895. S. 97.2.89. *Pand. fr.*, 95.2.199. *J. trib. comm.*, 1896, n° 13 342, p 84, 16 août 1895. *J. trib. comm.*, 1896, n° 13.396, p. 254, 21 nov. 1895. *J. trib comm.*' 1897, n° 13 663, p. 88, 18 janv. 1896. S. 97.2.89. *J. trib. comm.*, n° 13.699, p. 173. Trib. comm. Lyon, 10 mai 1898. *Ann. de Dr. comm.*, 1898, p. 352. Trib. comm. Seine, 28 octobre 1896, sous Paris, 7 nov. 1898. *Gaz. Pal.*, 6 déç. 1808, n° 340,

mença par un jugement du tribunal de la Seine du 9 janvier 1892. Les formalités de la remise des titres et de la signification furent jugées insuffisantes pour opérer le dessaisissement et surtout pour prévenir les tiers.

Si le débiteur qui donne en gage son fonds de commerce continue à l'exploiter, le nantissement est nul. En droit le contrat de gage est essentiellement réel, il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur soit dessaisi ; or dans l'hypothèse il n'y a pas eu remise de gage, conformément aux prescriptions de l'article 2.076 du code civil ; donc le contrat de gage manque des conditions de dessaisissement qui seules justifient le privilège qui s'attache à la qualité de créancier gagiste.

D'après l'avis de MM. Magnier et Pruvost (1), le tribunal de commerce a eu tort de prétendre d'une façon générale qu'un fonds de commerce ne peut pas être donné en gage, de même qu'il avait eu tort d'admettre d'une façon également trop générale, dans le jugement du 5 juin 1891, que le nantissement du fonds de commerce considéré comme universalité incorporelle était toujours possible. Pour eux, la solution exacte se trouve dans une opinion intermédiaire, il n'y a dans tous les cas qu'une question d'espèces.

(1) Magnier et Pruvost, p. cit , p. 37, nº 15.

Depuis lors, les juridictions consulaires se placent sur le terrain de la publicité à donner au nantissement dans l'intérêt des tiers, sans s'arrêter à discuter la conception même du fonds comme universalité juridique.

Quelques-uns des motifs d'un jugement du tribunal de commerce de Saint Etienne du 10 janvier 1894 (1) exigent un dessaisissement ostensible. La tradition symbolique que l'on veut lui substituer, ne saurait suppléer à la tradiction effective exigée par la loi « car dans une matière de privilège, il est impossible de procéder par voie d'équipollents. » Un principe certain domine toute la matière du gage : il faut que le débiteur se dessaisisse ostensiblement ; qu'il fasse sortir la chose de ses mains, marquant bien par là que son patrimoine libre est diminué de la valeur de cette chose. « Dès lors de deux choses l'une ; ou la tradition matérielle de l'objet remis en gage est impossible, parce que l'objet ne se prête pas à une appréhension physique et alors l'objet dont il s'agit ne peut entrer dans la combinaison d'un contrat de gage ; ou cette tradition matérielle est possible et alors la chose proposée en nantissement peut faire l'objet d'un contrat de gage ; mais alors elle doit pendant toute la durée de ce contrat être possédée par le créancier gagiste... »

(1) Trib. comm. St-Etienne, 10 janv. 1894. *J. trib. comm.*, 1895, n° 13.287, p. 809. Magnier et Pruvost, *op. cit.*, pp. 44 et s.

Ce dessaisissement évite les fraudes provenant de la remise d'une expédition, de l'acte établissant les droits du constituant à divers créanciers (1) ou de l'amoindrissement et même de l'anéantissement des droits du gagiste par la résiliation du bail. (2)

Certains jugements ont été plus loin dans la voie de la résistance ; ils ont non seulement établi que le nantissement était nul lorsque les conditions exigées par la loi avaient été remplies, mais même que la réalisation de ces conditions était juridiquement impossible. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 18 janvier 1896 (3) décide que le nantissement d'un fonds de commerce est nul, dans tous les cas, parce qu'il est radicalement impossible.

Le tribunal se demande quelles seraient les conséquences du dessaisissement du constituant, en supposant que le fonds ait été remis soit à un créancier soit à un tiers convenu.

Il s'agissait dans l'espèce d'un vendeur qui avait reçu le fonds vendu en nantissement ; on ne pouvait donc soutenir l'impossibilité de la remise du fonds, en tant qu'elle était basée sur la crainte d'incapacité du créancier, puisque c'était au vendeur du fonds lui-même qu'avait été promis le nantissement.

(1) Trib. comm. Seine, 13 déc. 1894. *J. trib. comm.*, 1896, n° 13.342, p. 84. *Ann du dr. comm.*, 1895, pp. 58 et s.

(2) Trib. comm. Seine, 16 avril 1895, 21 mai 1895, p. cités.

(3) Trib. comm. Seine, 18 janv 1896, précité.

Voici les motifs allégués par le tribunal pour proclamer l'impossibilité du nantissement :

« Attendu que, dans l'un et l'autre cas, (que le fonds soit remis au créancier ou à un tiers convenu), la gestion devrait appartenir soit au créancier, soit au tiers convenu, car autrement, il n'y aurait pas dessaisissement ; que dans le premier cas le créancier ne saurait gérer pour son compte, car ce faisant, il ferait acte de propriétaire et n'aurait point livré la chose cédée ; que le contrat de vente n'aurait pas été accompli ;

« Attendu que, d'un autre côté, il ne saurait gérer aux risques et périls de son successeur, sans être le mandataire de celui ci, ce qui rendrait fictif le dessaisissement ; que dans la dernière hypothèse, le tiers convenu mandataire des deux parties quant au dépôt, ne serait également que le mandataire du débiteur quant à la gestion et que la situation serait identique à la première hypothèse ;

« Attendu, en outre, que l'on se demande, dans l'un et l'autre cas, quelle serait la situation des tiers qui feraient confiance au fonds de commerce et s'il serait possible d'admettre vis à-vis de ces tiers la responsabilité du titulaire du fonds dessaisi de son administration, spectateur des fautes commises, mais incapable d'intervenir sans faire cesser le dessaisissement, condition essentielle du nantissement ; que l'on arriverait à cette situation incompréhensible d'un fonds de commerce appartenant à un titulaire irresponsable et admi-

nistré par un gérant également irresponsable, qui n'aurait que la qualité de dépositaire...

« Dès lors, si le nantissement d'un fonds de commerce sans dessaisissement est nul comme contraire aux prescriptions de la loi en matière de gage, ce nantissement avec dessaisissement est nul également comme constituant la condition impossible prévue par l'article 1172 du Code civil. »

Nous ne saurions admettre cette solution. Comme nous l'avons dit, le dessaisissement effectif du commerçant peut présenter de graves inconvénients mais il n'y a pas d'impossibilité matérielle à ce que le débiteur délaisse la gestion de son fonds au créancier ou à un tiers convenu à sa place.

Les juges consulaires ne se sont généralement prononcés que sur la validité d'un nantissement sans dépossession réelle ; mais sur ce point ils décident qu'il ne peut y avoir de privilège opposable aux tiers si le constituant a conservé la possession effective de son fonds.

Section III

Travaux préparatoires. Discussion de la loi.

Texte de la loi.

La lutte entre les juridictions civiles et les juridictions consulaires s'accentuait chaque jour davantage.

Partant de principes diamétralement opposés, on ne trouvait entre les deux systèmes aucun terrain d'entente.

La doctrine se prononçait généralement dans le sens des tribunaux de commerce. D'après MM. Lyon Caen et Renault, on peut soutenir avec raison qu'un fonds de commerce ne peut être remis en gage, par suite du danger que la clandestinité de la constitution fait courir aux tiers. MM. Baudry Lacantinerie et de Loynes, ainsi que MM. Magnier et Pruvost partagent cette opinion (1).

Certains auteurs (2) se prononcent cependant pour l'opinion contraire.

Il était urgent de faire cesser cet antagonisme, le remède devait y être apporté par voie législative.

La question avait déjà été mise à l'étude par de notables commerçants ; ils avaient proposé diverses solutions.

Dans un article de la *France vinicole* (3) M. Poulain de Corbion propose l'un de ces deux systèmes. Ou bien ajouter à l'article 92 du code de commerce un paragraphe ainsi conçu :

« En ce qui concerne les fonds de commerce et le droit au bail des lieux où s'exploite le commerce, le

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 285. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 81. Magnier et Pruvost, *op. cit.*

(2) Guillouard. *Du nantissement*, n° 92.

(3) Magnier et Pruvost, *op. cit.*, p. 69, n° 35.

nantissement ne pourra être constitué que dix jours après que le propriétaire du fonds aura fait mentionner son intention dans un journal d'insertions légales ; pendant ce délai, les créanciers auront le droit d'y faire opposition au greffe du tribunal de commerce, et le nantissement ne pourra avoir lieu que sur un certificat du greffier constatant qu'il n'y a pas d'opposition ou sur la justification du paiement ou du consentement des créanciers opposants. »

2° Ou bien ajouter à l'article 92 que le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant qu'une inscription aura été prise dans les formes prescrites par les articles 2146 et suivant du code civil, sur un registre tenu par le conservateur des hypothèques, et ne produira son effet vis à vis des tiers qu'à partir de cette inscription (1).

La seconde de ces solutions approchait de la vérité ; et c'est à peu près dans ce sens qu'une loi fut proposée qui vint mettre un terme aux controverses entre les différentes juridictions.

Le système de la Cour de cassation et des Cours d'appel aboutissait par les formalités de mise en gage qu'elles indiquaient à la clandestinité du nantissement constitué sur un fonds de commerce.

Le système des tribunaux consulaires aboutissait au dessaisissement matériel du commerçant.

(1) Barbier. *Dation en nantissement des fonds de comm.*, p. 93.

La loi nouvelle devait viser à remédier à ces deux inconvénients, et pour cela créer une mesure de publicité, qui sans exiger le dessaisissement matériel du commerçant, portât cependant, d'une manière non équivoque le nantissement à la connaissance des tiers.

C'est ce qu'elle s'est efforcée de faire ; elle eut complètement rempli son but, si elle n'avait omis de se prononcer sur certains points de détail qui peuvent laisser indécis sur les principes mêmes dont elle s'est inspirée.

L'idée première de cette loi revient à un membre du Parlement, M. Duvignier, qui fit voter le 1er juin 1893, la prise en considération d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce.

Cette proposition fut reprise sous la législature suivante par M. Millerand qui présenta le 18 mai 1895 à la Chambre des députés un projet tendant à compléter l'article 2075 du Code civil.

Le 17 juin 1897, elle fit l'objet d'un rapport sommaire de M. Laurençon, puis le 5 novembre suivant d'un rapport plus détaillé de M. Millerand lui-même :

« Le but poursuivi, disait-il, est de faire cesser une contradiction parvenue à l'état aigu entre la jurisprudence des tribunaux consulaires et celle de la Cour de cassation, et de donner ainsi au commerce des garanties de sécurité qu'il réclame à bon droit. »

Il est indispensable, y dit-il encore en substance, qu'un débiteur puisse affecter d'une façon spéciale tous les éléments de son patrimoine au mieux de ses

intérêts. Sans doute, les tiers sont à la merci de la clandestinité dont le privilège se trouve entaché dans le système de la Cour de cassation ; pour faire disparaître « cette cause de méfiance et d'insécurité dans les relations commerciales, il n'est utile que de prescrire la publication de toute dation en nantissement de fonds de commerce. »

Par ce moyen — publicité spéciale — on mettra « un terme aux abus dont la mise en gage des fonds de commerce a fourni de trop fréquents exemples. »

La proposition de M. Millerand était ainsi conçue : Article unique. — L'article 2075 du Code civil est ainsi complété :

« En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra à peine de nullité recevoir mention sur le registre public tenu à cet effet au greffe du tribunal du domicile du cédé. »

Le 12 novembre 1897 la Chambre vota le texte suivant : « En outre, chsque dation en nantissement d'un fonds de commerce, devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public, tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. »

Transmise au Sénat, elle reçut quelques modifications proposées par la Commission dont M. Thézard était président.

A la suite du rapport de ce dernier elle fut votée sans discussion le 8 février 1898.

Revenue devant la Chambre des députés, elle fut, toujours sans discussion, acceptée par la commission au nom de laquelle M. Millerand fit un rapport en date du 15 février 1898 et elle fut définitivement votée le 25 février 1898 (1).

C'est sur le rapport de M. Thézard que fut discutée et votée la loi. Il est utile d'en reproduire les principaux passages, et de voir les modifications qu'il a entraînées dans la proposition de loi de M. Millerand.

« En matière de garanties réelles, dit il, c'est la publicité, une publicité appropriée à chaque nature de garanties, qui seule doit donner effet aux actes à l'égard des tiers. Il faut que tous ceux qui auront à traiter avec une personne puissent s'assurer par un procédé facile et suivant une règle uniforme, des droits qui peuvent grever à l'avenir chaque fraction de son patrimoine et savoir par suite quelle garantie peut encore leur offrir le contrat projeté par elle. »

« Par suite de ce manque de publicité, le fonds de commerce semblait rester dans une situation indécise. Le fonds de commerce doit pouvoir être donné en

(1) Propos. de M. Millerand, 18 mai 1895, annexe 1324. *J. off.*, 19 août 1895, p. 516. Rapp. sommaire de M. Laurençon, 17 juin 1897. Annexe 2523. *J. off.*, 28 décembre 1897, p. 1406. Millerand, rapp. du 5 novembre 1897. Annexe 2271. *J. off.* du 23 février 1898, p. 93. Thézard. Rapp. au Sénat sur la proposition Millerand, 23 décembre 1897. Annexe 94. *J. off.* du 20 fév. 1898, p. 809.

garantie par un débiteur à l'un de ses créanciers.

« Mais à quelle condition cette dation en gage sera-t-elle opposable aux tiers, c'est à dire aux autres créanciers du débiteur ? Là se trouvait l'intérêt pratique de la question et en même temps aussi la difficulté, car la loi était défectueuse. Et cependant il fallait trouver un moyen de concilier la sécurité des tiers avec la possibilité pour un commerçant de trouver un moyen de crédit, dans l'engagement de son fonds de commerce.

« Il fallait, pour arriver à ce résultat, combler une lacune de la loi. Il fallait constituer une substance et une individualité juridique à cette valeur, qu'on nomme un fonds de commerce, et édicter, pour sa constitution à titre de gage des règles appropriées à sa nature et aux nécessités du crédit. »

Approuvant ensuite le mode de publicité adopté par la Chambre des députés, il loue la rédaction du texte proposé, le trouvant juste dans son principe et clair dans ses termes. Il propose seulement quelques modifications destinées à éviter des difficultés et des procès.

Il motive l'addition des mots « vis à vis des tiers » par la nécessité de prévenir des contestations. Entre les parties, la simple convention de mise en gage crée le nantissement du fonds de commerce ; « vis à vis des tiers », la publicité nouvelle rend la mise en gage effective. Il n'y avait pas nécessité absolue de le dire expressément et cependant cette nécessité s'imposait « ne fût-ce que pour prévenir des contestations con-

traires au sens de la loi et à l'équité, mais qui auraient trouvé un appui dans un texte incomplet. »

« Il est cependant un changement qui touche au fond des choses. »

« Les mots « en outre » dit il, ont disparu de la rédaction définitive et il en résulte une différence notable.

« D'après la proposition votée à la Chambre, la publicité, par voie de mention sur un registre, est une condition s'ajoutant à celle indiquée dans la première partie de l'article 2075, savoir la notification du titre au débiteur, c'est à dire qu'on avait maintenu la règle reconnue par l'arrêt de 1888 précité, la nécessité de la signification au propriétaire locateur.

« Par la suppression des mots « en outre », nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle même en matière de nantissement des fonds de commerce.

Ainsi donc plus besoin de signification au bailleur de l'immeuble où est exploité le fonds car : « Notifier ce nantissement au propriétaire locateur, c'est avertir un seul des intéressés ou plutôt c'est avertir une personne qui n'a nul intérêt dans l'affaire, ses droits étant toujours sauvegardés... »

Dès lors la seule inscription du nantissement sur un registre public constitue une publicité suffisante et indépendante. Les autres formalités de l'article 2075 que la Cour de cassation avait appliquées aux fonds de commerce sont inutiles.

Puis le rapporteur ajoutait : « La portée de la disposition nouvelle va plus loin ; elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076, c'est à dire la mise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers... »

Il voulait par là soustraire le débiteur à la nécessité du dessaisissement en faveur de son créancier.

Soutenir le contraire, c'est aller à l'encontre de la pensée du rapporteur qui déclarait la publicité résultant de l'inscription suffisante à elle même ; c'est s'exposer à retomber dans les controverses antérieures.

La question renaîtra en effet de savoir comment ce nantissement doit être effectué !

« L'inscription elle même ne peut valoir dessaisissement, car pourquoi alors l'article 2076 en proclamerait-il la nécessité une fois de plus (1). »

D'autre part la tradition des meubles incorporels s'opère au dire de l'article 1607, par la remise des titres à moins qu'il n'existe un autre procédé tel que l'usage fait par l'acquéreur du consentement du vendeur.

Ce dernier mode de mise en possession est le plus rationnel quand il s'agit d'un fonds de commerce. Or le but que poursuivait le législateur en votant le nouveau texte de loi était de soustraire le débiteur à la nécessité d'une mise en possession effective, dès lors le

(1) Bellon, *op. cit.*, p. 105.

fonds de commerce depuis la loi du 1er mars 1898 échappe à tout dessaisissement.

Cette addition apportée à l'article 2075 du Code civil constitue une innovation considérable. Elle introduit une dérogation à la règle essentielle en matière de gage que le contrat de nantissement ne peut se réaliser que par le déplacement de la possession du débiteur au créancier.

Cette modification a semblé à certains d'une importance si considérable, qu'ils n'ont pas reculé devant l'idée de regarder ce nantissement comme une véritable hypothèque mobilière.

Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte. Nous estimons que le but poursuivi par la loi de 1898, a été de rendre le nantissement des fonds de commerce pratiquement possible, en le débarrassant de la formalité du dessaisissement. Il a consacré en cette matière le principe « du gage sans déplacement » dont il avait trouvé auparavant déjà des exemples dans la législation française (1) et dans certains codes des nations européennes (2).

(1) Loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles.

(2) Le droit anglais connaît sous le nom de *mort-gage of personnality* un gage sans déplacement qui se réalise aux moyens d'actes nommés *bills of sale*. Le code fédéral suisse (art. 210) admet un gage sans déplacement sur les bestiaux rendu public par une inscription sur un registre spécial appelé *pfandbuck*.

La loi nouvelle après lecture du rapport de M. Thézard fut adoptée en ces termes :

« L'article 2075 est ainsi complété :

« Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

Elle consacre ainsi d'une part la validité du gage constitué sur un fonds de commerce et d'autre part, elle organise, pour suppléer à la mise en possession effective du gage, un système de publicité comparable à la publicité hypothécaire.

L'antinomie dans la jurisprudence se trouve ainsi résolue par une innovation qui concilie le principe posé par la Chambre des requêtes en 1888 avec les exigences spéciales dérivant de la nature du contrat de gage.

Nous allons maintenant entrer dans l'étude même de la loi.

CHAPITRE II

ETUDE DE LA LOI DU 1er MARS 1898.

SECTION I

Constitution du Nantissement.

§ 1. — Par qui et au profit de qui un nantissement peut-il être constitué.

A. — *Au profit de qui peut-il être constitué.*

Il semblerait au premier abord, que tout créancier est capable de recevoir un gage, puisqu'en définitive, il ne fait que rendre sa condition meilleure. Cependant, certaines obligations naissent du nantissement à la charge du créancier gagiste. A raison de sa possession et de la tradition qui lui est faite, il est soumis à l'obligation de veiller à la conservation de la chose ; et de là peut découler pour lui une certaine responsabilité. Il doit donc être capable de s'obliger. Mais « recevoir un gage pour sûreté de sa créance, n'est qu'un acte d'administration ; » (1) il suffit donc que le créancier

(1) Guillouard. *Du nantissement*, p. 39, § 40.

gagiste ait la capacité de s'obliger quant à l'administration de ses biens. (1)

Ce principe ne peut pas s'appliquer au créancier gagiste, lorsqu'il s'agit du nantissement d'un fonds de commerce. Ne recevant plus la détention effective de la chose, le créancier n'est tenu d'aucune obligation de conserver, ni de rendre.

B. — *Par qui peut-il être constitué ?*

Pour pouvoir donner une chose en gage, il faut la réunion des deux conditions suivantes :

1° Etre propriétaire de la chose ;

2° Avoir la capacité d'aliéner.

A. — Première condition. — *Il faut être propriétaire.*

Pour constituer un fonds en nantissement, il faut être propriétaire. Le débiteur qui constitue le gage, aliène un droit réel (2) : constituer un gage, c'est consentir une aliénation partielle de la chose. Il faut donc être capable d'aliéner, et par conséquent propriétaire de la chose, objet du gage : car le propriétaire peut seul aliéner (3).

Ne pourrait-on pas admettre cependant la validité,

(1) P. Pont. *Des petits contrats*, n° 1076, p. 577.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, p. 22, § 24.

(3) Guillouard. *Du nantissement*, p. 39, § 40. Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 439.

en faveur du créancier gagiste, du gage qui porte sur la chose d'autrui ? C'était la solution indiquée dans l'exposé des motifs de notre titre : « Le créancier, légalement saisi d'un gage, ne saurait craindre l'intervention de personne, si ce n'est celle de tiers qui prouveraient que le meuble, donné en gage, leur a été dérobé... » (1). Mais le rapporteur Berlier ne visait que l'hypothèse du gage, meuble corporel ; hypothèse qui n'a point son application dans le cas du nantissement d'un fonds de commerce, meuble incorporel. Le créancier gagiste du droit commun se trouve protégé par la règle de l'article 2279 ; il peut opposer au véritable propriétaire qui revendique sa chose la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre. » Lorsqu'il s'agit du nantissement d'un fonds de commerce, cet article n'est plus d'aucune utilité au créancier, puisque le fonds de commerce est un meuble incorporel. Le nantissement qui porte sur le fonds d'autrui est donc nul.

Quel est le caractère de cette nullité ? Est elle absolue ? Est elle relative ?

La question offre un certain intérêt. Si elle est relative, en effet, le créancier seul peut la proposer, à l'exclusion du débiteur ; de plus si le fonds donné en nantissement devient la propriété du débiteur, le nantissement sera validé rétroactivement ; enfin le véritable propriétaire pourra le ratifier.

(1) Berlier. Exposé des motifs, Fenet, t. XV, p. 210.

Nous croyons que la nullité est absolue et voici les arguments que l'on peut faire valoir à l'appui de cette opinion.

On reconnaît généralement à l'hypothèque de la chose d'autrui, le caractère de nullité absolue. Bon nombre d'auteurs l'enseignent et la jurisprudence est en ce sens (1). L'article 2129 du Code civil regarde comme une condition essentielle de la validité de l'hypothèque, que l'immeuble sur lequel une hypothèque est consentie soit la propriété actuelle du constituant. A cette condition seule, il est possible de satisfaire au principe de la spécialité.

N'y a t il pas même motif de décider, et pour les mêmes raisons, que la nullité du nantissement constitué sur le fonds de commerce d'autrui est absolue ? Dès lors, le débiteur pourra en proposer la nullité, comme le créancier ; si plus tard il acquiert la propriété du fonds, il devra, pour le donner en gage,

(1) V. en ce sens. Cass., 22 juin 1807 ; Bordeaux, 24 janvier 1833 (S. 1833. 2. 569) ; Nancy, 30 mai 1843 (S. 1843. 2. 547, D, 1843. 2. 209) ; Dijon, 25 avril 1855 (S. 1855. 2. 403, D, 1855. 2. 218). Cass., 24 mai 1892 (*Gaz. Pal*, 1892. 2. 76. S. 1892. 1. 289. D. 1892. 1. 327) ; Montpellier, 10 février 1896 (*Gaz Pal.*, 1896. 1. 639 S. 1896. 2. 128. D. 1897. 2. 269) ; *Sic :* Pont. *Priv. et hyp.*, t. II, n° 625. Laurent, t. XXX, n° 469 et s. Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et notes 4 et s Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Priv. et hyp.*, t. II, n 1304 et s. *Contra.* Bordeaux, 21 décembre 1832 (S. 1833. 2. 205. D. 1833. 2. 152). Metz, 20 avril 1836 (S. 1838. 2. 197. D. 1838. 2. 4) ; *Sic.* Colmet de Santerre, t. IX, n° 92 *bis* et s. Guillouard. *Priv. et hyp.*, t. II, n° 938.

consentir une nouvelle constitution. Le propriétaire véritable ne pourra ratifier le nantissement, sans en créer un nouveau par cette ratification même.

Quoi qu'il en soit, le nantissement consenti à l'insu de ce dernier reste pour lui sans aucun effet et il est *res inter alios acta*.

Il nous reste à passer en revue certaines particularités que peut présenter le nantissement d'un fonds de commerce.

Un fonds de commerce peut être démembré, de telle façon que l'usufruit appartienne à une personne et la nue propriété à une autre. Nous ne faisons aucune difficulté pour admettre que ces deux choses mobilières se trouvant dans le commerce puissent faire l'objet d'un nantissement.

Il peut arriver aussi qu'un fonds constitue une propriété indivise. Quelle sera, dans ce cas, la valeur du nantissement consenti par l'un des copropriétaires, sans le consentement de ses co indivisaires, sur le fonds commun ?

D'après la règle *Nemo dat quod non habet* le nantissement sera nul pour la part qui n'appartenait pas au constituant (1). Mais on peut supposer que le constituant n'a engagé que sa quote-part ; les co indivisaires ne pourront critiquer ce nantissement, et celui ci sera valable. Pour apprécier l'étendue de la garantie accor-

(1) Voir en ce sens. Aubry et Rau, t. III, p. 407, § 221.

dée, il faut se reporter à l'époque du partage ou de la licitation, et suivant que le sort aura fait entrer le fonds engagé dans le lot du constituant, ou dans celui de l'un des co propriétaires par indivis, le nantissement sera ou non sans valeur, en vertu de l'effet rétroactif du partage, consacré par l'article 883 du Code civil.

Une autre difficulté peut encore se présenter. Le propriétaire d'un fonds a consenti un nantissement à l'un de ses créanciers, peut il donner ce même fonds en nantissement à d'autres créanciers ?

Sous la législation antérieure à la loi du 1er mars 1898 la question soulevait de nombreuses controverses ; et suivant certaines décisions de justice (1), la négative semblait la conséquence de la règle de la mise en possession du créancier ou d'un tiers convenu. Plusieurs auteurs (2) combattaient néanmoins cette opinion. Ils admettaient les constitutions de gage par actes successifs pourvu, disent MM. Baudry et de Loynes (3), que « le premier créancier gagiste consentît à posséder pour le compte du créancier postérieur. »

La question ne fait plus difficulté aujourd'hui. La

(1) Voir en ce sens : Paris, 12 janv. 1846. S. 50.2.566, 15 novemb. 1850 (S. 1850.2 566. D. 1851.2.23).

2) Laurent, t. XXVIII, n° 487, *in fine*. Aubry et Rau, t. IV, § 431, p. 699. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 87. Pont. *Pet. contr.*, t. II, n° 1140.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Priv. et hyp.*, n° 87.

loi nouvelle ayant écarté le principe de la dépossession, rien ne s'oppose à ce qu'un même fonds de commerce puisse faire l'objet de plusieurs nantissements successifs.

B. — Deuxième condition. — *Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner.*

Le gage emporte une aliénation éventuelle de l'objet engagé ; il est naturel de conclure que celui là seul a pouvoir et capacité de donner une chose en gage, qui a pouvoir et capacité d'aliéner son patrimoine mobilier (1).

« Les incapacités sont ici, en général, celles du droit commun. Le mineur, l'interdit, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peuvent constituer de gage que moyennant l'observation des formalités, ou avec les autorisations requises par la loi (2). »

Notons en passant que, réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce (article 487 du Code civil et 6 du Code de commerce) le mineur habilité peut opérer une constitution de gage, pourvu qu'elle soit consentie pour les besoins de ce commerce.

D'après l'article 311, modifié par la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps « recouvre le plein

(1) Paul Pont. *Pet. contr. op. cit.*, t. II, n° 1071, p. 573.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Priv. et hyp.*, t. I, n° 24, p. 12.

exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin d'être autorisée de son mari ou de justice. »

En outre, la femme mariée, marchande publique, peut engager, pour ce qui se rapporte à son commerce, sans recourir à l'autorisation maritale, le fonds qu'elle exploite (articles 5 et 6 du Code de commerce).

Il est une autre éventualité que nous devons envisager. Un débiteur, quoique propriétaire de son fonds, peut n'en plus avoir la libre disposition ; et nous pouvons supposer que par suite de faillite, il ne soit plus *in bonis*. Quelles conséquences cette situation entraînera t-elle au point de vue du nantissement ?

Le jugement déclaratif de la faillite entraîne le dessaisissement du failli et lui enlève non seulement l'administration, mais *a fortiori* la disposition de ses biens (art. 443 du code de commerce). A partir de ce moment, le failli, resté propriétaire, voit ses biens frappés d'une véritable indisponibilité (1) ; ses actes ne peuvent, ni directement, ni indirectement, porter atteinte au droit de gage de ses créanciers ; aucun d'eux ne peut plus acquérir un droit de préférence au détriment de la masse. Il en résulte que le nantissement sera nul à l'égard de ladite masse.

Mais il existe une période, où le nantissement consenti sur le fonds de commerce peut être atteint de nul-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, p. 179, n° 204 et p. 185, n° 209.

lité à l'égard de la masse. Cette période, que l'on a dénommée période suspecte, est celle où le failli, pour éviter la chute fatale, use son crédit et avantage un ou plusieurs de ses créanciers au détriment des autres ; le législateur la fait remonter au jour où le failli s'est trouvé en état de cessation de paiement et quelquefois aux dix jours qui ont précédé.

Lorsque le nantissement est intervenu dans cette période, certaines circonstances peuvent en entraîner la nullité.

L'article 446 du Code de commerce dispose en effet : « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, tous droits de nantissement, constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées, lorsqu'ils ont été consentis depuis l'époque fixée par le tribunal, comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent. »

Si donc la constitution du nantissement pour une dette antérieure a été consentie pendant la période suspecte, le gage est nul de plein droit (1). Cette garantie fournie après coup, éveille l'idée de collusion frauduleuse entre le débiteur et le gagiste, au détriment de la masse ; ou plutôt, elle fait supposer que le débiteur ne l'a accordée que sous la menace de le déclarer en faillite ; dès lors ce nantissement n'est plus une condition de la concession du crédit ; il constitue un avan-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 13, § 25.

tage spécial consenti à un créancier sans équivalent pour le failli ; or le législateur ne veut pas, que l'un des créanciers se crée une situation privilégiée, à l'époque où les droits de chacun sur la masse sont définitivement établis.

S'il s'agit, au contraire, d'un gage constitué au moment même de la naissance de l'obligation, ou pour garantir une dette future, le législateur se départit de sa sévérité. Aux termes de l'article 447 du Code de commerce, les actes à titre onéreux passés par le failli à partir du jour fixé par le tribunal comme étant celui de la cessation de ses paiements peuvent être annulés par le juge, s'ils ont été passés en connaissance de la cessation des paiements. Cette connaissance rend en effet le tiers peu intéressant, car le nantissement, qu'il s'est fait consentir par le débiteur ne peut que rendre plus mauvaise la situation de ce commerçant (1). A plus forte raison, ces actes doivent ils être annulés « s'ils ont été inspirés par la pensée frauduleuse de causer préjudice à la masse des créanciers de la faillite. » (2)

Toutefois c'est au syndic qu'incombe la charge de la preuve; mais même cette preuve rapportée, le juge n'est point forcé d'annuler l'acte; il jouit à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation.

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit* , t. VII, n° 385 et s. p. 372.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 14, § 26 et 27.

§ 2. — Formes et publicité.

1. — L'inscription est-elle suffisante? Faut-il observer en outre les prescriptions des articles 2074 et suivants du Code civil.

Il résulte des articles 2074 et 2075 du Code civil que la loi exige la rédaction d'un acte écrit pour la validité du nantissement.

Le paragraphe additionnel, que la loi du 1er mars 1898 est venue ajouter à la suite de l'article 2075, mentionne seulement la nécessité d'une inscription sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce.

La question se pose de savoir si la validité du nantissement des fonds de commerce est subordonnée aux prescriptions anciennes de ces deux articles et s'il y a lieu d'ajouter à l'inscription la formalité de la rédaction d'un acte écrit ayant date certaine.

Certains auteurs (1) admettent, que la constitution en gage d'un fonds de commerce doit être constatée par écrit. « En ajoutant ainsi un alinéa à l'article 2075, la loi classe les fonds de commerce au nombre des meubles incorporels... disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2).

(1) Guillouard, *op. cit* , p. 71, n° 89. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, p. 25, n° 43.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, p. 54, n° 67 *bis*. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, p 232, § 285 *bis*.

En conséquence, l'efficacité à l'égard des tiers de la constitution de gage sur un fonds de commerce reste soumise à la condition de la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé, ayant acquis date certaine, renfermant les diverses énonciations exigées par l'article 2074 pour spécialiser le gage, soit quant à l'objet grevé, soit quant à la créance garantie. »

MM. Lyon-Caen et Renault acceptent la même doctrine (1).

Mais pourquoi ces auteurs se montrent-ils partisans de satisfaire aux exigences de l'article 2075, alinéa 1 du Code civil, alors qu'ils refusent de croire à la nécessité d'une signification de l'acte de nantissement, que commande le même alinéa 1 de l'article 2075 ?

« L'inscription, disent ils, rend certainement inutile la signification de l'acte de nantissement au bailleur, qui se faisait avant la loi de 1898, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation » (2). Et pour écarter la nécessité de cette signification, ils s'appuient sur ce passage du rapport de M. Thézard : « Par la suppression des mots « en outre » nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement des fonds de commerce. »

L'inscription permanente sur un registre spécial remplit bien mieux à leurs yeux la publicité en faveur des

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, locution citée.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, p. 232, n° 285 *bis*.

tiers, que la signification de l'acte constitutif au bailleur de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité.

Le texte de l'article 2075 alinéa 1 est devenu certainement étranger à notre matière depuis la loi du 1er mars 1898, même en ce qui touche la rédaction de l'acte ayant date certaine. En quoi, en effet, cette rédaction est elle intéressante pour les tiers, puisqu'ils ont la ressource de consulter le registre des inscriptions pour se prémunir contre les fraudes possibles du débiteur.

Cette opinion a été soutenue par M. Thaller (1) dans des considérations d'ordre tout à fait pratique, car, dit-il, cette matière d'opérer, qui exige la rédaction d'un acte écrit, va faire retomber des charges nouvelles sur les parties sans qu'elles s'y soient attendues : le droit proportionnel d'obligation sera exigible de la part de l'enregistrement sur le montant de la créance, par suite de l'authenticité que donne à la convention ce visa de l'officier public. »

Toutes les règles du contrat de nantissement des fonds de commerce tiennent dans le paragraphe additionnel de l'article 2075 et aucune mention ne s'y rencontre, relative à la nécessité d'un acte écrit enregistré (2).

Que faut-il en conclure ? La validité du nantissement

(1) Thaller. *Annales de Droit commercial*, août 1901, doctrine, p. 216.

(2) Trib. civ. de Rouen, 25 juillet 1899 (*Gaz Pal.*, 1899.2 387).

sera t elle soumise à l'égard des tiers, à la rédaction d'un écrit, ou bien n'y sera t elle point soumise ? L'opinion généralement admise, lorsqu'il s'agit du contrat de gage ordinaire, est que la nécessité de l'acte écrit, exigé par les articles 2074 et 2075 du Code civil, est une condition essentielle à la validité du gage (1). Mais une distinction nous paraît nécessaire.

Si nous admettons que les prescriptions des articles 2074 et 2075 du Code civil sont exigées pour la validité même du contrat de gage à l'égard des tiers, il est hors de doute que la loi du 1er mars 1898 en a supprimé la nécessité. Le texte voté par la Chambre des députés portait : « En outre, la dation en nantissement... » marquant bien que la publicité par voie de mention sur un registre était une condition s'ajoutant aux autres. La Commission du Sénat proposa de faire disparaître les mots « en outre » et la suppression fut approuvée. Il résulte donc des travaux préparatoires de la loi que le législateur a supprimé toutes les conditions de forme, en y substituant une seule prescription destinée à rendre le nantissement opposable aux tiers, c'est à-dire l'inscription.

Si les articles, au contraire, n'ont en vue qu'une question de preuve du contrat de nantissement, les solutions doivent différer, suivant que le gage est civil ou

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 268 et s., p. 194 et s. Guillouard. *Du nant.*, p 71, § 69. Baudry-Lacantinerie. *Du nantissement*, t. 1, p. 30, n° 43.

commercial. Le nantissement, qui garantit une opération civile est civil, et il est soumis, quant aux modes de preuve, à ceux requis par le Code civil. Si le nantissement garantit une opération commerciale, — ce qui arrivera le plus souvent — il est commercial (1) et se constate, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce (art. 91 du C. de comm.) ; dans ce cas la formalité de l'écrit avec les indications n'est point exigée.

L'article 2074 et l'article 2075 ne trouvent pas leur application dans notre matière, en ce qui concerne la rédaction d'un acte écrit, mais n'y a t-il pas lieu de soumettre le nantissement des fonds de commerce aux prescriptions des articles 2075 et 2076 du Code civil, c'est-à dire à la signification et au dessaisissement ?

Le créancier gagiste, doit il se faire mettre en possession des titres de propriété du fonds? Ne peut on pas exiger la signification du nantissement au propriétaire de l'immeuble, dans lequel le fonds est exploité?

La question est encore controversée ; elle a donné naissance à différents systèmes que nous allons examiner.

D'après une première opinion, qui se rattache aux principes admis par le tribunal de Saint Etienne (2), la

(1 Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 258, p. 188.

(2) Trib. comm. de St-Etienne, 10 avril 1894. *J. trib. comm.*, 1895, n° 13.287, p. 809.

tradition symbolique ne saurait suffire. Quand l'élément corporel prédomine, la tradition matérielle s'impose. C'est la théorie vigoureusement défendue par MM. Magnier et Pruvost (1). « Quelle audace, disent ils, n'est point celle d'une doctrine, qui consacre le nantissement d'une universalité dont une partie, la plus visible, et la seule concrète, reste dans les mains du débiteur, créant ainsi dans l'esprit des tiers une présomption contraire à cette publicité du privilège par le dessaisissement si énergiquement réclamé par le législateur? » Certains jugements du tribunal de commerce de la Seine ont consacré cette doctrine (2). Ce tribunal reste attaché à la théorie de la distinction, établie dans l'arrêt de 1888, entre le principal et l'accessoire.

D'après une seconde opinion, la Cour de Rennes, dans son jugement du 27 juin 1901 (3), préconise un système intermédiaire entre celui de la Cour de Paris et celui de la Cour de Rouen, sur lesquels nous nous étendrons plus loin.

La loi nouvelle, y dit on, en supprimant les mots « en outre » qui paraissaient dans la première rédaction du paragraphe ajouté à l'article 2075, marque nettement son intention de supprimer la signification autrefois exigée ; tandis qu'en laissant subsister les mots « dans

(1) Magnier et Pruvost. *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, n° 19 et 20.

(2) Trib. comm. Seine, 10 avril 1901, 11 oct. 1901, 10 nov. 1901.

(3) Cour de Rennes, 27 juin 1901. S. 1902.2 33.

tous les cas » de l'article 2076, elle prétend viser tout à la fois la dation en gage du premier et celle du second alinéa de l'article 2075.

En conséquence, la Cour déclare que, s'il est juste de supprimer la nécessité de la signification au bailleur, il faut néanmoins exiger la dépossession du propriétaire du fonds, dépossession qui s'effectuera d'une façon symbolique.

Nous écartons ces deux premiers systèmes. Depuis la loi du 1er mars 1898, la théorie du tribunal de Saint-Etienne est devenue inadmissible, puisque le fonds de commerce est aujourd'hui légalement une universalité, constituant un meuble incorporel, et qu'il ne comporte plus qu'un tout sans principal et accessoires.

Quant au système, qu'on pourrait appeler système de la Cour de Rennes, il repose sur deux prémisses dont l'une est exacte, mais dont la seconde est fausse à notre avis.

Cette seconde prémisse repose sur ce fondement que les mots « dans tous les cas » subsistent au commencement de l'article 2076, qui exige la dépossession.

Nous répondrons que la loi ne s'est pas occupée de l'article 2076; elle n'a touché qu'à l'article 2075 ; que l'article 2076 du code civil n'est pas applicable aux fonds de commerce: l'article 92 du code de commerce règle seul la matière commerciale et il n'est permis de recourir au droit civil, que pour ce qui n'est pas expressément formulé dans le code de commerce. Nous fai-

sons remarquer d'ailleurs que remanier l'article 2075 ne prouve pas qu'on a laissé volontairement subsister tels ou tels mots dans un autre article, et qu'il est inconséquent d'accepter l'autorité des travaux préparatoires pour une partie de la loi et de les taire pour l'autre partie.

Après cette double élimination, nous ne trouvons plus que deux systèmes en face l'un de l'autre : celui de la Cour de Paris, qui ajoute la condition de publicité exigée par la loi du 1er mars 1898 aux formalités anciennes ; et celui de la Cour de Rouen, qui admet que l'inscription sur le registre public est la formalité unique et suffisante pour la validité du nantissement.

Le législateur, dit on dans le premier de ces systèmes (1), n'a prétendu en rien déroger aux principes ; mais seulement, en ajoutant aux prescriptions générales établies une formalité nouvelle, mieux sauvegarder l'intérêt des tiers en mettant à leur disposition un moyen de contrôle efficace.

« Attendu que le contrat de gage est un contrat essentiellement réel, qu'il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur soit dessaisi », (2) on

(1) Trib. comm. Seine, 5 novembre 1898 (*Gaz. Pal.*, 1898. 2. 622). Trib. comm Seine, 15 novembre 1899, 23 mars 1900 (D. 1900. 2. 101). Trib. comm. Seine, 29 mars 1900 (*Gaz. Pal.*, 1900. 2. 30). Paris (5e ch.), 1er août 1900 (S. 1901. 2. 153). Trib. comm Chalon-sur-Saône, 17 déc. 1900 (D. 1901. II, 109).

(2) Trib. comm. Seine, 29 mars 1900 (*Gaz. Pal.*, 1900. 2. 30).

ne saurait se contenter de l'inscription sur le registre tenu au greffe.

En vain se baserait on, pour exclure les autres formalités, sur la suppression des mots « en outre » qui figuraient dans la rédaction primitive. « Quelque autorité qui s'attache aux travaux préparatoires, ils ne sauraient suppléer la loi, ni prévaloir contre son texte, lorsqu'il est d'une netteté qui ne laisse aucune place à l'interprétation du juge. » (1)

Par le maintien du mot « complété » dans le texte définitif, la loi annonce bien un supplément de garantie. Le législateur n'a nullement eu pour but de déroger aux principes dont la raison d'être est dans la nature même du contrat de nantissement, lequel est essentiellement réel. Il n'a fait qu'organiser une publicité spéciale, destinée à sauvegarder l'intérêt des tiers en portant le nantissement à leur connaissance d'une façon efficace.

Cette interprétation ne peut être admise. Il est vrai que le texte de la loi de 1898 manque de précision; mais les travaux préparatoires sont d'un grand secours pour éclairer ce texte. Ils montrent clairement l'intention du législateur d'exiger une formalité unique. Sans doute, comme le disent MM. Lyon Caen et Renault « il eut été préférable que cela fût dit formellement » ; (2)

(1) Paris, 1er août 1900 (S. 1901. 2. 153).

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 285 *bis*.

sans doute la lecture du texte n'en fait pas apparaître le véritable sens ; même sans commencer par les mots « en outre », le second alinéa de l'article 2075 pourrait être regardé comme ajoutant une formalité de plus à celle que prescrit l'alinéa 1 ; « les travaux préparatoires permettent seuls de savoir que la pensée du législateur est contraire. » (1)

A quel but répondait la loi nouvelle ? Elle avait en vue de réglementer le fonds de commerce comme instrument de crédit. Pour atteindre ce but, il fallait éviter de désagréger le fonds ; il fallait donner au nantissement une publicité appelée à renseigner les tiers.

C'est bien ce qu'a fait la loi. Elle a considéré le fonds de commerce comme un tout, un bloc capable de former l'objet d'un nantissement ; et dans l'intérêt des tiers, elle a soumis ce tout à une inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Tel est le mécanisme de la loi : elle a supprimé les formalités inutiles et sans efficacité, prescrites auparavant ; et elle les a remplacées par une inscription, destinée à porter le nantissement à la connaissance des tiers, et à leur rendre opposable le privilège qu'il confère (e).

Cette solution fut adoptée par de nombreux tribu-

(1) Beudant. *Sûretés réelles et personnelles*, n° 166, p. 141.

(2) Rouen, 2 janvier 1901. D. P., 1901. 2. 97.

naux et les décisions conformes de la jurisprudence en furent fréquentes (1). Les auteurs s'y rallièrent aussi (2). Nous allons montrer qu'elle répond bien à l'esprit de la loi et à son texte.

Que cherchait le législateur ? Trouver un moyen pratique de consacrer le principe de non dessaisissement, en supprimant le caractère occulte des formalités dont tendait à se contenter la jurisprudence. On les remplaça donc par une publicité facilement à la portée des tiers : l'inscription sur un registre tenu public à la disposition de tous.

Quant au texte, il est clair et précis : « Tout nantissement d'un fonds de commerce.... devra être inscrit. »

En vain pourrait-on objecter que la loi de 1er mars 1898 complète l'article 2075 ; que le texte de la loi débute en ces termes : « L'article 2075 du code civil est ainsi complété.... » semblant bien marquer l'intention du législateur d'ajouter une formalité nouvelle aux prescriptions générales antérieurement établies.

(1) Trib. comm. Seine, 17 mars 1900. *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 688. Trib. comm. Rouen. 13 juillet 1900 (S. 1901. 2. 177 et note de M. Albert Wahl. Cour de Rouen, 2 janvier 1901. D. 1901. 2. 111, note de M. Robert. Trib. civil des Andelys, 6 novembre 1900. D. 1901. 2. 107. Trib. comm. Angers, 7 décembre 1900. D. 1901. 2. 97. Cour de Besançon, 20 mars 1901. (D. 1901. 2. 112. S. 1902. 2. 93). Cour de Bourges, 29 avril 1901 (*Gaz. Trib.*, 16 mai 1901). Caen, 29 juin 1901 (*Rec. Rouen et Caen.* C. 133). Poitiers, 1er juillet 1901 (*Gaz. Pal.*, 28 avril 1901) Paris (8e ch), 29 janv. 1 02 (*Gaz, Pal.*, 11 fév. 1902). Bordeaux. 24 fév. 1902 (*Gaz. Pal.*, 16 juillet 1902).

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, § 67, p. 33. Thaller, *op. cit.*, § 1902, p. 576. Lyon-Caen et Renault, t. III, § 285 *bis*.

Nous préférons admettre, le but du législateur étant de faciliter la constitution du nantissement d'un fonds, qu'il n'a pas voulu créer de nouvelles difficultés.

Le texte de la loi, les travaux préparatoires, la suppression des mots « en outre » ne peuvent laisser aucun doute à cet égard. Le terme « complété » sur lequel se base la théorie adverse, doit être entendu en ce sens que la loi de 1898, en réglant les conditions, auxquelles seront soumis les fonds de commerce pour leur mise en gage, a voulu compléter l'organisation du gage. (1)

L'alinéa 1 de l'article 2075 décide que pour les créances mobilières, il faut un acte signifié ; l'alinéa 2 établit que pour les fonds de commerce une inscription doit être prise sur un registre spécial.

Le système qui se base sur la pure discussion grammaticale du « mot complété » pour appuyer sa thèse relative au nantissement des fonds de commerce est peu juridique. Elle rejette *a priori* les travaux préparatoires, qui, dans l'espèce sont entièrement décisifs en faveur de la théorie de la Cour de Rouen.

M. Thézard indique lui-même les conséquences importantes qui découlent de la disparition des mots « en outre ».

« Par la suppression des mots « en outre » nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui

(1) Trib. comm. Angers, 19 juillet 1901. D. 1901. 2. 97.

se suffit à elle même en matière de nantissement des fonds de commerce. Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur, elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger. »

En ce qui concerne la nécessité d'une mise en possession qui est exigée « dans tous les cas » par l'article 2076, les travaux préparatoires viennent corroborer l'opinion que nous défendons et qui déclare que désormais une mise en possession fictive est pleinement suffisante.

« La portée de la disposition nouvelle va plus loin, dit le rapporteur ; elle supprime aussi nécessairement en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076, c'est-à dire la mise en possession du créancier ou d'un tiers.

« Cette mise en possession est en réalité incompatible avec la nature du fonds de commerce, et si l'arrêt de 1888 l'avait cependant appliquée à l'acte de bail, c'était par la nécessité de rattacher d'une façon quelconque aux règles du Code civil, une matière que celui ci n'avait pas prévue, et tout en laissant supposer par ses motifs mêmes, l'utilité d'une solution différente. »

Prenant donc comme point d'appui de notre théorie, les travaux qui ont précédé le vote de la loi, nous dirons avec la Cour de Besançon (1) : « Il est inexact

(1) C. Besançon, 20 mars 1901 (D. 1901, II, 112. S. 1902. 2. 93).

de prétendre qu'en interprétant la loi de 1898 à l'aide des travaux préparatoires, on y ajoute des dispositions que son texte ne renferme pas. Bien au contraire, les motifs tirés des rapports faits au Parlement ont pour but de démontrer qu'il ne faut rien ajouter aux dispositions de la loi, dont les termes précis et formels se suffisent à eux mêmes en supprimant toutes les exigences de la jurisprudence antérieure. »

Pour conclure nous rejetons l'opinion de la Cour de Paris, qui exige les trois formalités juxtaposées. Elle-même d'ailleurs dans un arrêt en date du 29 janvier 1902 (1) revient sur son premier système et déclare que « du texte même de la loi, des travaux préparatoires, de la discussion et des rapports qui ont eu lieu, et des modifications qui ont été apportées, il résulte que l'unique formalité imposée pour la validité du nantissement du fonds de commerce est l'inscription du contrat qui la constate sur le registre public tenu au greffe du tribunal de commerce. »

Nous admettrons donc avec la Cour de Dijon (2) que la loi de 1898 doit être interprétée en ce sens qu'une réglementation spéciale au nantissement des fonds de commerce a été ajoutée par le législateur aux règles concernant le gage des objets incorporels ; que seul le nantissement des fonds de commerce a été soustrait

(1) Paris, 29 janvier 1902, 8e chambre (*Gaz. Pal.*, 11 fév. 1902).

(2) Dijon, 26 nov. 1901 (*Gaz. Pal.*, 28 décembre 1902).

aux prescriptions des articles 2075 et 2076 du Code civil ; et que selon la Cour de Rouen (1) et toutes les Cours de province, le législateur a voulu supprimer les existences anciennes et les remplacer par la seule formalité d'une inscription au greffe, qui se suffit à elle-même. C'est cette inscription dont nous allons étudier la forme dans le détail, telle que le législateur l'a organisée.

2. — En quoi consiste l'inscription. — Où doit elle être prise ?

Différents procédés en usage pour les actes de commerce s'offraient au législateur pour donner au nantissement la publicité qu'on recherchait : l'affichage dans certains lieux déterminés, les annonces dans les journaux, et enfin l'inscription sur des registres publics.

La loi du 1er mars 1898 a choisi parmi ces trois procédés l'inscription sur un registre public. Comment peut-on justifier le choix de ce mode d'information ?

Notons d'abord avec M. Montier (2) que le législateur a prescrit une inscription, c'est à dire un extrait, et non une transcription. Le texte porte en effet « inscrit » et nous avons admis par ailleurs — du moins quand il s'agit d'un gage commercial — que la rédaction d'un acte écrit n'est pas obligatoire.

(1) Rouen, 11 décembre 1901 (*Gaz. Pal.*, 5 avril 1902).

(2) Montier, *op. cit.*, p. 56, n° 75.

La préférence du législateur a été basée « sur l'intérêt du débiteur, légitimement fondé à réclamer que cette publicité nécessaire soit aussi discrète que possible, et sur celui des tiers, qui sauront, le cas échéant, où trouver sûrement et vite le renseignement utile (1). »

Ce mode de publicité paraît le plus pratique et le plus naturel. Il a eu cependant ses détracteurs, et certains (2) lui préféraient une publicité par annonces judiciaires. Ce procédé, pensent ils, éviterait aux commerçants l'obligation d'aller consulter un registre chaque fois qu'il s'agira d'ouvrir un crédit aux autres commerçants.

Le système de l'inscription du nantissement trouve d'ailleurs une analogie avec l'organisation en matière hypothécaire ; et il est d'autant plus logique de recourir à ce moyen que les fonds de commerce, quoique de nature mobilière, ont une fixité qui les empêche de se transporter facilement d'un lieu dans un autre.

L'inscription, telle est donc la formalité de publicité qu'exige la nouvelle loi. Le législateur semble avoir été bien inspiré en choisissant comme lieu de l'inscription le greffe du tribunal dans le ressort duquel le fonds est exploité.

La proposition n'était pas, au début, conçue en ces termes. M. Laurençon préconisait dans son rapport

(1) Rapp. Millerand *Journ. off.* D P. Ch. 1897, annexe 2271, p. 93.

(2) Magnier et Pruvost, *op. cit* , p 74, n° 38.

« le greffe du tribunal de commerce du domicile du cédé ». (1) M. Millerand proposa comme modification « le greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds » (2).

Enfin le rapport de M. Thézard au Sénat lui substitua la compétence « du greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité » (3). Ce dernier texte fut définitivement adopté.

M. Thézard justifie ce choix en ces termes : « Le mode de publicité ainsi établi est certainement des mieux appropriés à l'objet poursuivi. Le greffe du tribunal de commerce est tout indiqué comme dépôt des actes commerciaux qui intéressent les tiers : c'est déjà un des lieux où doivent être déposés pour être à la disposition du public, les actes constitutifs des sociétés et les pièces annexes. »

Nous approuvons le choix du greffe du tribunal de commerce. Il est tout indiqué pour recevoir les actes commerciaux qui intéressent les tiers. Il évite la création d'officiers publics nouveaux, chargés d'opérer ces inscriptions ; il évite aussi les déplacements qu'eût exigés le choix du greffier près la Cour d'appel, qui peut être très éloignée.

(1) Rapp. Laurençon, 18 juin 1897. *J. off.* D P. Ch. 1897, annexe 2523, p. 1406.

(2) Rapp. Millerand. *J. off.* Doc. parl., ch. 1897, annexe 2271, p. 93.

(3) Rapp Thézard, 15 fév. 1898 *J. off.* Doc. parl , ch. 1898, annexe 3034, p. 680.

C'est de plus l'endroit où le fonds est exploité, et non la situation du fonds qui détermine la compétence du greffier.

C'est là en effet que se traduit la vie du fonds ; c'est là que se produit la concentration des matières destinées à faire l'objet des opérations du commerçant (1). C'est donc l'endroit où le fonds est exploité qui doit déterminer le centre de publicité.

Une difficulté peut se présenter pour la fixation de ce lieu. Nous supposons qu'un fonds soit exploité dans le ressort de plusieurs tribunaux de commerce ; dans lequel devra-t on opérer la publicité ? Faudra-t-il prendre l'inscription requise dans chaque greffe ? Faut il décider au contraire que le greffe de l'arrondissement, dans lequel se trouve le siège principal de la maison de commerce, est seul compétent pour recevoir l'inscription ?

Une distinction nous semble nécessaire. S'il n'existe aucun lien entre les différents fonds, l'inscription devra être prise uniquement au lieu de la situation du fonds donné en gage.

Si le fonds comporte un établissement principal et des établissements secondaires, qui en sont des dépendances, des succursales, il y a encore à distinguer suivant que le contrat porte sur l'établissement principal lui même, ou s'il porte sur les établissements secon-

(1) Ruffelet. *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 95.

daires. Dans le premier cas, une seule inscription prise au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds principal est exploité, sera suffisante. Dans le second cas, c'est à dire si une ou plusieurs succursales ont été données en nantissement, nous croirions nécessaire d'exiger des inscriptions au lieu d'établissement de la maison principale et au lieu d'établissement de chacune de ces succursales ; il existe en effet un lien de gestion entre ces différents fonds et « la maison principale, bien que n'étant pas directement grevée, est atteinte pourtant dans son crédit général par l'effet du nantissement portant sur sa succursale. » (1)

3. — Mentions que doit contenir l'inscription.

La loi est complètement muette sur ce point ; il est par conséquent difficile de déterminer d'une façon précise les énonciations qui sont de nature à remplir la fonction de publicité de l'inscription et à intéresser les tiers.

La publicité du nantissement remplace la mise en possession du gagiste ; elle prévient les tiers, que le fonds de commerce, affecté spécialement à la garantie d'un créancier, ne fait plus partie du patrimoine libre du débiteur.

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives.* Rapport de M. Percerou, n° 3, p. 240, note 1.

Pour produire toute son utilité, l'inscription sur le registre doit indiquer suffisamment le fonds pour l'identifier ; elle devrait contenir une énumération complète des éléments qui le composent, et indiquer le montant de la créance pour laquelle le fonds est engagé.

La loi ne s'étant nullement occupée de la question, chaque greffe s'est fait une loi plus ou moins rigoureuse au sujet de la spécialité, tant au point de vue de l'objet engagé qu'au point de vue de la créance garantie, dans l'inscription du nantissement (1).

M. Montier (2) enseigne que l'inscription doit mentionner le nom du créancier. Nous ne voyons aucune raison qui motive cette inscription. Les tiers n'ont aucun intérêt à connaître ce nom, puisque la loi n'a pas organisé la purge des nantissements et qu'elle ne fournit aucun moyen de faire opérer la radiation de l'inscription.

En ce qui concerne le montant de la créance garantie on a prétendu (3) que le défaut de cette mention ne saurait être utilement invoqué par les tiers, contre le créancier gagiste, qui leur a fait connaître l'existence de sa cause de préférence. Au greffe du tribunal de commerce de la Seine (4) suivant les instructions

(1) Bellon. *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 137.

(2) Montier, *op. cit.*, p. 56, n° 76.

(3) Note de Ch. Robert sous Rouen, 13 juillet 1900. D. 1901. 2. 103.

(4) Lyon-Caen et Renault, œuv. cit., t. III, § 285 *ter*, p. 234.

données par le président, l'indication de la somme garantie n'est pas exigée.

Le tribunal de commerce de Rouen (1) adopte cette opinion, et conteste que cette indication soit utile aux tiers. « La loi, dit il, a voulu une publicité aussi réduite que possible, un simple avertissement aux négociants qui auraient à traiter avec le débiteur ; le rôle du greffier consiste seulement à inscrire au procès verbal les mentions nécessaires pour qu'aucune confusion ne soit possible sur l'identité du débiteur, ni sur celle du fonds sur lequel le nantissement est consenti ; l'indication des noms et prénoms et domiciles des parties est plus importante que l'indication du montant de la créance ; en conséquence, les nullités ne se suppléant pas, le défaut d'indication dans l'inscription sur le registre, du montant de la créance garantie, ne saurait entraîner la nullité de l'inscription. »

Et cependant les travaux préparatoires sont peu favorables à cette opinion.

« Il faut, dit M. Thézard, que tous ceux qui auront à traiter avec une personne, puissent s'assurer par un procédé facile et suivant une règle uniforme, des droits qui peuvent grever à l'avenir chaque partie de son patrimoine et savoir par suite, quelle garantie peut encore offrir le contrat projeté avec elle. »

On peut ajouter encore que c'est entraver l'usage du

(1) Trib. comm. Ronen, 13 juillet 1900 (D. 1901. 2. 103. S. 1901. 2. 177).

fonds de commerce comme moyen de crédit et le frapper en quelque sorte d'indisponibilité entre les mains du débiteur dès qu'un premier nantissement est venu le grever (1).

Les tiers qui auront connaissance du nantissement, n'oseront plus en effet s'aventurer au grand détriment du débiteur, contre qui tournera le défaut d'indication.

Nous ne nions pas que cette omission sera d'un grave inconvénient pour le débiteur ; que, si l'on veut chercher une analogie en matière hypothécaire, on remarque avec M. Wahl (2) que l'indication du montant de la créance garantie y est généralement considérée comme substantielle et que son omission empêche l'inscription hypothécaire de produire aucun effet. Toutefois, dans le silence de la loi, nous ne pouvons transporter en matière de nantissement de fonds de commerce le principe de la spécialité quant à la créance engagée et attacher la sanction de la nullité au défaut de l'indication de cette créance.

4. — En quel temps l'inscription doit-elle être prise ?

Il n'existe aucun délai spécial exigé pour l'inscription, puisque la loi n'en a pas fixé. « Il ne nous a pas

(1) Note Wahl sous Rouen, 13 juillet 1900 (S. 1900, 6e cahier, 2. 177).

(2) Note de M. A. Wahl précitée, sous Rouen, 13 juillet 1900 (S. 1901. 2.177).

paru nécessaire, a dit M. Millerand dans son rapport, à la Chambre des députés (1), de fixer un délai pour l'inscription du contrat. Nous avons, sur ce point, suivi l'exemple des rédacteurs du Code civil, qui n'ont point davantage assigné de terme pour l'enregistrement de l'acte de gage. La célérité des contractants à exécuter les prescriptions de la loi, est dans un cas comme dans l'autre, garantie par leur intérêt, puisqu'ils se trouveraient dans l'impossibilité d'opposer leur contrat de gage, aux tiers qui auraient acquis des droits avant l'accomplissement des formalités légales. »

Le délai sera donc en principe de trente ans, bien qu'il ait pu sembler trop long aux juges du tribunal de Chalon-sur Saône (2) parce qu'il équivaut à donner au débiteur un crédit fictif et à amener de la perturbation dans le commerce. Le créancier a néanmoins grand intérêt à requérir l'inscription le plus tôt possible, dans la crainte qu'un créancier postérieurement nanti ne prenne une inscription qui primerait la sienne (3).

Cet intérêt se trouve doublé par certaines éventualités qui peuvent empêcher le créancier de prendre utilement son inscription. L'arrivée de certains événements en arrête parfois le cours et la question de savoir, si dans ces différents cas l'inscription peut

(1) Rapp. de M. Millerand, précité.

(2) Chalon-sur-Saône, 17 déc. 1900 (D. 1901, 5e cahier II, 109).

(3) Montier, *op. cit.*, p. 57, n° 77.

encore être utilement prise, présente quelques difficultés.

En matière hypothécaire, le créancier ne conserve ses droits que s'il est inscrit sur l'immeuble, avant la transcription de toute aliénation nouvelle. En vertu de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, la transcription de l'acte translatif d'un immeuble, empêche le créancier, muni d'une hypothèque ou d'un privilège sur cet immeuble, de prendre inscription de son privilège ou de son hypothèque.

Il doit en être de même de la transmission d'un fonds de commerce, opérée avant l'inscription du nantissement.

Or, les cessions de fonds de commerce ne sont pas rendues publiques ; elles sont parfaites, même à l'égard des tiers, par le seul consentement des parties, comme toute vente de meubles, indépendamment de toute transcription.

Une difficulté s'élève donc à l'occasion de la date à laquelle le fonds a été aliéné, date à partir de laquelle toute inscription deviendra inutile.

Il est vrai que la preuve légale de l'aliénation en pourra être facilement rapportée, car en règle générale, elle constituera un acte de commerce, susceptible de se prouver par tous les moyens qu'autorise l'article 109 du Code de commerce (1). Mais ce fait que la transmis-

(1) Aubry et Rau. T. II, p. 54 et s.

sion du fonds de commerce ne jouit pas d'un mode de publicité analogue à la transcription pour les immeubles, aboutit à de graves inconvénients, et met le créancier gagiste dans une situation fâcheuse, en présence d'un débiteur de mauvaise foi.

Que celui ci vende son fonds, qu'il le constitue en gage immédiatement après, le prêteur se trouvera sans recours contre l'acquéreur et sera exposé à perdre la somme prêtée si le débiteur est insolvable.

Avant la loi du 23 mars 1855, la solution était la même pour l'acquéreur d'un immeuble ; l'aliénation consentie par le constituant rendait nulle la constitution d'hypothèque et le créancier hypothécaire supportait les conséquences de la fraude du vendeur.

Pour remédier à ces inconvénients, une réforme est devenue urgente, qui créera un mode de publicité destinée à rendre l'aliénation d'un fonds opposable aux tiers.

L'usage existe bien, de publier les ventes de fonds de commerce dans les journaux d'annonces judiciaires, et d'accorder, à partir de ce moment, dix jours aux créanciers du vendeur, pour faire entre les mains de l'acheteur opposition au paiement du prix, que l'acquéreur s'abstient, pendant ce délai, de solder au vendeur. Dans les régions où cet usage existe, la jurisprudence décide qu'il répond à une nécessité d'ordre public et qu'il est obligatoire (1).

(1) V. notamment. Trib. comm. Marseille, 1er mars 1891 (*Gaz. Pal.*, 1891.1.414). Trib. comm. Rouen, 23 mars 1896 (*Gaz. Pal.*, 1896.2.446. D.

Mais l'usage ne vaut pas la loi et le principe qui établit que la propriété mobilière se transmet par le seul effet de la volonté des parties contractantes (art. 1138) est d'ordre public, car il touche à l'organisation même de la propriété.

D'ailleurs la force obligatoire de cet usage a été discutée (1). Les juridictions consulaires lui reconnaissent tantôt ce caractère (2) et tantôt elles le rejettent sous le prétexte que l'usage ne prévaut pas contre la loi (3) ; tantôt enfin sans le regarder comme nécessairement obligatoire, elles décident que l'acquéreur, qui a fait la publication ne peut se libérer entre les mains du vendeur avant le délai de dix jours exigé (4) : « Parce qu'autrement la publicité qu'il donne à la vente et l'invitation qu'il adresse aux créanciers seraient sans motifs, et même de nature à induire ces derniers en erreur, à leur inspirer une fausse sécurité. »

En présence de ces contradictions, et nous en tenant au principe rappelé plus haut, nous admettons que la propriété du fonds est valablement transmise à l'acqué-

1896.2.208) ; Paris, 29 avril 1897 (*Gaz. Pal.*, 1897.2.62). Trib. comm. Le Havre, 7 déc. 1898 (*Rec. du Havre*, 1899.1.61).

(1) G. Lèbre, *op. cit.*, p. 166, n° 144.

(2) Seine, 31 mars 1868 (S. 69.2.54. D. 1868.3 96), 8 octobre 1869 (S. 1870.2.333. D. 1870.3.87).

(3) Seine, 5 fév. 1859 (S. 1859.2.56), 29 mai 1878. *J. comm* , 27,343. *Gaz Trib.*, 25 juin 1878), 30 juin 1881. *J. C.* 30.670).

(4) Seine, 13 avril 1882 (7e ch.), 26 mai 1883. *J. C.* 33.389.

reur *erga omnes*, quoique la publicité d'usage n'ait pas été remplie.

Ce mode de publicité est d'ailleurs inefficace, comme tous ceux qui s'appuient sur la presse ; il n'avertit qu'un nombre restreint de personnes et il ne laisse aucune trace après lui.

C'est pour ces motifs que nous repoussons aussi le procédé que MM. Mazeau et Dietz Monnin proposaient dans un projet de loi déposé au Sénat le 18 juillet 1885. Cette proposition tendait à généraliser l'usage antérieurement admis et portait à quinze jours le délai avant lequel l'acquéreur pût verser le prix de cession entre les mains de son vendeur (1).

Il serait préférable que le législateur créât, par analogie avec la loi du 23 mars 1855, un registre des transmissions de fonds de commerce, où seraient transcrites les cessions de cette nature, et qu'il décidât que désormais entre acquéreurs et créanciers gagistes, la priorité serait réglée non plus par la date des transmissions, mais par celle des transcriptions et des inscriptions. Il atteindrait ainsi le but de publicité qu'il vise et sauvegarderait de façon efficace les intérêts des tiers.

Il nous faut examiner maintenant si les deux événements prévus par l'article 2146 du Code civil et par l'article 448 du Code de commerce, c'est-à dire la mort

(1) Sénat. Doc. parlem. sess. ord. de 1885, n° 339.

du débiteur suivie de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, et l'ouverture de la faillite n'apportent pas un obstacle à l'inscription du nantissement d'un fonds de commerce.

Les dispositions de ces articles ne peuvent être étendues en dehors des cas qu'elles prévoient. Ecrites pour le cas d'inscriptions de privilèges immobiliers et d'hypothèques, leur interprétation extensive est impossible puisqu'il s'agit de nullités. C'est d'ailleurs l'opinion suivie généralement par la doctrine (1).

Particulièrement en ce qui concerne les inscriptions prises malgré l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur, il n'y a aucune raison d'appliquer par analogie l'article 2146 du Code civil (2). C'est d'ailleurs l'avis de la commission chargée de la préparation d'un projet de la loi sur le nantissement des fonds de commerce, ainsi que le constate M. Percerou, rapporteur (3).

Quel est en effet le motif de cette disposition ? L'acceptation bénéficiaire, dit-on, implique l'insolvabilité du *de cujus* ; celui-ci est assimilé au débiteur déclaré en faillite ; et on estime que dans ces conditions, le sort des créanciers doit être définitivement fixé par la situation existant au moment du décès du débiteur.

(1) Pont, *op. cit.*, t. II, n° 876. Aubry et Rau, t. III, § 272, texte et note 26, p. 332. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II, n 1569. Guillouard, *op. cit* , t. III, n° 1140.

(2) Magnier, *op. cit.*, p. 34, § 16.

(3) *Bulletin de la société d'études législatives.* Rapp. précité, p. 244.

Cette conception n'est pas toujours exacte, l'acceptation bénéficiaire n'implique pas nécessairement cette insolvabilité. Quand elle est forcée notamment, par suite du défaut d'entente entre les créanciers sur le parti à prendre, cette raison n'existe plus.

M. Colmet de Santerre (1) prétend trouver le motif de cette disposition dans cette idée que l'inscription d'une hypothèque n'en est en quelque sorte que la confirmation. Or la confirmation ne peut avoir lieu quand la constitution est impossible, et l'héritier bénéficiaire ne saurait constituer une hypothèque sans perdre cette qualité et devenir héritier pur et simple.

Mais où voit on, dans la loi, dit M. Ruffelet (2), que le débiteur ou son héritier qui le remplace, ait un rôle à jouer dans l'accomplissement de la formalité de l'inscription ?

On pourrait être tenté cependant de dire que l'inscription du nantissement rentre dans les termes de l'article 2146, puisqu'elle est une inscription de privilège ; qu'elle doit en conséquence, comme telle, être soumise à toutes les règles applicables à ces inscriptions, et que la mort du propriétaire du fonds, donné en gage à un créancier, la rend complètement inutile.

Nous répondrons avec M. Guillouard (3) que l'inter-

(1) Colmet de Santerre, t. IX, § 119 *bis*.

(2) Ruffelet. *Du nantissement des fonds de commerce*, p 104.

(3) Guillouard, t. II, n° 1140.

prétation extensive est inadmissible quand il s'agit de nullités d'actes. La disposition de l'article 2146 est exceptionnelle ; les inscriptions de privilèges qu'elles visent, sont celles que prévoit le Code civil au titre des privilèges et hypothèques. Or en soumettant le nantissement des fonds de commerce à la formalité de l'inscription, il n'est pas possible de soutenir, que le législateur ait entendu donner à cette inscription les caractères et les effets des inscriptions d'hypothèques et de privilèges sur les immeubles, sans qu'une disposition expresse de la loi n'ait ordonné cette extension.

Un dernier événement, la faillite du débiteur peut faire obstacle à l'inscription des privilèges et hypothèques ; la question se pose donc de savoir quelle peut être l'influence de cette faillite sur l'inscription à prendre d'un nantissement valablement contracté.

L'article 448 paragraphe 1er dispose que les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, et par suite pas au delà. Il décide néanmoins que les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent pourront être annulées par le juge, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription (art. 448 § 2 du C. de comm.).

Il enjoint d'ajouter un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque

aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise (art. 448 al. 3 du Code de comm.). Ces principes s'appliquent ils à l'inscription du nantissement des fonds de commerce ?

Deux situations bien distinctes sont prévues par cet article. Il est évident que l'inscription du nantissement d'un fonds de commerce ne peut pas être utilement prise après le jugement déclaratif de la faillite. Mais cette opinion ne peut être appuyée sur le texte de l'article 448 alinéa 1 qui est un texte exceptionnel. Cette nullité est basée sur le dessaisissement qui frappe le failli ; tous ses biens sont saisis entre ses mains au profit de la masse de ses créanciers ; il n'est pas possible à l'un d'eux de se créer une situation privilégiée à l'encontre des autres à partir de l'époque qui a fixé définitivement les droits de chacun (1).

L'application à notre matière de l'alinéa 2 de l'article 448 soulève une difficulté plus délicate ; et la solution de la question est controversée.

M. Montier (2) penche pour l'affirmative, parce que, dit il, la loi parle des inscriptions de privilèges et qu'il s'agit bien ici d'une inscription de privilège. M. Magnin (3) déclare au contraire, qu'en cas de faillite, le

(1) Renouard. *Faillites et banqueroutes*, t. I, p. 397 et s. Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 270, n° 282 et p. 288, n° 306. Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1136.

(2) Montier, *op. cit.*, p. 67, n° 90.

(3) Magnin, *op. cit.*, p. 34, n° 16.

nantissement du fonds de commerce doit être traité comme un gage et que les règles de l'hypotèque ne lui sont pas applicables.

On peut dire, comme pour l'acceptation bénéficiaire, que l'inscription rentre bien dans les termes de l'article 448 puisqu'elle est une inscription de privilège ; on peut dire aussi que les motifs qui ont porté le législateur de 1838 à édicter la règle de l'article 448 alinéa 2 s'appliquent en tous points à la question qui nous occupe : le législateur n'a pas voulu qu'un commerçant pût conserver jusqu'au jour de la faillite un crédit apparent de nature à induire le public en erreur sur sa situation, grâce à la complaisance de ses créanciers, qui retarderaient l'inscription de leurs privilèges ou hypothèques (1).

Nous penchons pourtant pour la négative. La disposition de l'article 448 alinéas 1 et 2 est exceptionnelle, ainsi que nous l'avons déjà dit ; et nous ne pouvons admettre que la loi en parlant des inscriptions de nantissement ait entendu leur donner les caractères et les effets des inscriptions de privilèges et d'hypothèques sur les immeubles. D'ailleurs le but du législateur de 1898, en organisant ce système de publicité consistant dans une inscription sur un registre spécial, a été de remplacer les formalités gênantes de la jurisprudence antérieure ; or nous pouvons observer qu'antérieure-

(1) Renouard *Faillites et banqueroutes*, t. I, p. 397 à 399.

ment à la loi sur les nantissements de fonds de commerce, cette jurisprudence, interprétant restrictivement le deuxième alinéa de l'article 448, refusait d'en étendre l'application aux formalités de publicité que l'inscription a aujourd'hui remplacées (1).

Nous conseillons cependant au créancier nanti de se mettre rapidement en règle avec la loi et de requérir l'inscription dans le plus bref délai possible, de crainte que les tribunaux ne leur imputent à faute leur négligence et se refusent à leur reconnaître une cause de préférence au détriment des tiers, à qui leur lenteur aura porté préjudice.

4. — Durée de la validité de l'inscription.

En l'absence d'un texte spécial, nous devons admettre que l'inscription ne sera jamais périmée.

En matière hypothécaire, les inscriptions conservent le privilège et l'hypothèque pendant dix ans ; si elles ne sont pas renouvelées avant l'expiration de ce délai, leur effet cesse. Il y a ce qu'on appelle, péremption : les inscriptions sont périmées.

Les nantissements de fonds de commerce ne sont pas astreints à l'obligation du renouvellement. Il est anormal, en effet, que l'inscription ne dure pas autant que

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, n° 415 *bis*, p. 409. Boistel. *Précis du dr. commercial*, n° 958. Cass. 19 juin 1848 (S. 1848.1 465).

le droit qu'elle protège ; et en fait, cette obligation du renouvellement décennal entraîne la perte de beaucoup d'inscriptions par suite d'un simple oubli ou d'un retard (1). Et néanmoins cette mesure s'impose. Elle permet de remonter moins haut dans les recherches ; elle supprime la nécessité de conserver les registres d'une façon indéfinie. Au bout d'un certain temps, elle fait tomber, sans qu'on ait besoin de recourir à la radiation, les inscriptions qui sont devenues sans objet.

Pour ces divers motifs, nous souhaitons que la loi nouvelle qui complétera la réglementation des fonds de commerce, comble cette lacune ; nous verrons d'ailleurs en étudiant le projet de loi déposé au Sénat par M. Georges Lebret, ministre de la justice, le 21 février 1899, que le législateur propose de limiter à cinq ans, le laps de temps au bout duquel se produira la péremption de l'inscription.

5. — Publicité des Registres.

La publicité résulte de ce que le registre tenu au greffe du tribunal de commerce est public. Mais comment fonctionne cette publicité au point de vue matériel ?

On peut la comprendre de diverses façons ; et la loi

(1) Guillouard. *Pr. et hyp* , t. III, p. 265, n° 1351.

étant restée muette sur la question, chacun est libre d'émettre son avis.

On conçoit néanmoins deux procédés possibles dans la pratique : ou bien les tiers intéressés pourront venir consulter le registre à leurs risques et périls ; ou bien le greffier fera lui même les recherches et donnera les renseignements demandés sur le fonds grevé du nantissement.

D'après les motifs allégués dans le rapport de M. Millerand, le second procédé paraît préférable : « Il a cru servir l'intérêt du débiteur, dit il, en choisissant la publicité du greffe de préférence, à celle des tribunaux judiciaires. Celui-ci est légitimement fondé à réclamer que cette publicité soit aussi directe que possible. »

Or à laisser le registre à la disposition de tous, n'est-il pas à craindre que les agences d'affaires ne s'empressent de rechercher toutes les inscriptions, et qu'elles ne portent les renseignements obtenus, moyennant argent, à la connaissance de tous, au grand détriment du crédit du commerçant, qui dans un moment de gène a dû engager son fonds ?

La majorité des auteurs trouve préférable que le greffier consulte le registre et serve d'intermédiaire nécessaire entre le débiteur et les tiers intéressés (1).

(1) Lesur, *op. cit.*, p. 122, n° 79. Ruffelet, *op. cit.*, p. 110. Bellon, œuv. cit., p. 154. Lepage. *Revue du notariat*, n° 10057, année 1898, p. 310. Montier, œuv. cit., p. 62, n° 84.

Il peut se faire que le fonds, au sujet duquel les renseignements sont demandés, soit libre de tout nantissement ; le greffier, sera-t-il obligé de délivrer à toute partie requérante un certificat de non inscription ?

Les greffiers s'y refusent généralement ; aucune disposition légale, ne prévoyant cette éventualité, il nous semble difficile de les y contraindre.

Et pourtant, il pourra en résulter un inconvénient grave pour le commerçant. Par le fait de ce refus, le débiteur se trouvera dans l'impossibilité de démontrer que son fonds est libre de toute sûreté, qui pourrait le grever.

Le silence des textes ne nous permet pas d'engager la responsabilité des greffiers. On ne pourra les contraindre à délivrer des états qu'au jour où la loi aura établi la spécialité dans la désignation du gage sur les registres du greffier, et où elle aura organisé le moyen d'assurer le contrôle facile de la sincérité dans la déclaration du nantissement.

Section II

Etendue du Nantissement.

§ 1. — Quant à l'objet du gage.

Si l'on se reporte aux diverses décisions judiciaires, on remarque que l'ensemble auquel on attribue le carac-

tère de fonds de commerce comprend en général un établissement achalandé, muni d'un outillage, garni de marchandises, jouissant d'un bail pour les locaux d'exploitation. On reconnaît à cet ensemble le caractère d'universalité juridique ; on en réalise le nantissement par une inscription au greffe, sans qu'il soit besoin de recourir à une mise en possession réelle ou symbolique pour chacun des éléments qui entrent dans sa composition : la formalité de l'inscription est globale.

Toutefois si on les envisage isolément, ils restent soumis aux règles qui leur sont propres. Il nous faut donc établir d'une façon précise les éléments qui se trouvent englobés dans un nantissement de fonds de commerce, afin de bien établir sur quels objets porte exactement le privilège du créancier gagiste.

Puisque la loi de 1898 a reconnu au fonds de commerce le caractère d'universalité juridique, on devrait décider, que tous les éléments qui se rattachent à une exploitation commerciale, sont également englobés dans le nantissement, et cependant de vives controverses se sont élevées.

Un point sur lequel tout le monde paraît d'accord, c'est que la loi nouvelle a voulu seulement atteindre des valeurs mobilières ; le commerçant propriétaire des locaux où il exploite son commerce ne pourra donc pas englober son immeuble, dans le nantissement de son fonds par l'inscription au greffe du tribunal de commerce, s'il veut le donner en garantie à son créan-

cier, il devra suivre pour cet immeuble, les règles de l'hypothèque (1). Notre régime hypothécaire forme un tout qui se suffit à lui-même.

Suivant l'ancienne théorie qui faisait de l'achalandage et du droit au bail le principal du fonds de commerce, l'accord existe aussi pour les éléments incorporels et l'on admet sans difficulté qu'ils concourent à la composition de l'universalité, pour laquelle inscription a été prise.

Mais la question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne les éléments corporels et la discussion porte en général sur tous les accessoires.

1° *Marchandises et matériel.* — Le nantissement du fonds de commerce englobe t il les marchandises et le matériel d'exploitation.

Bien que la majorité des auteurs et la jurisprudence penchent pour l'affirmative et décident que les marchandises font partie du fonds de commerce, la question est néanmoins discutée (2).

(1) Lepage. *Revue du notariat*, année 1898, n° 10057, p. 314. G. Lèbre, *op. cit.*, n° 6 et 8.

(2) Magnier, *op. cit.*, n° 13, note 1, p. 28. Ruffelet, *op. cit.*, p. 119. Bellon, *op. cit.*, p. 28. Lesur, *op. cit*, p. 149. Lordereau, p 4 et suiv., 1895. Trib. des Andelys, 1900. D. P. 1901. 2. 97. Grenoble, 14 novembre 1900. D. P. 1901. 2 471 Besançon. (S. 1902 2. 93), 20 mars 1901. Dijon, 17 mai 1901. Caen, 29 juin 1901. Rec. Poirier et Caen. C. 133. Poitiers, 1er sept. 1901. Rouen, 11 décembre 1901. Paris, 29 janvier 1901. Bordeaux, 24 février 1902. *Contra*. Montier, *op. cit.*, ch. V. Nantet, p. 13.

La théorie contraire a été soutenue devant le tribunal de commerce du Havre et celui-ci l'adopte dans un jugement du 30 mai 1899 (1).

Il y aurait d'après ce tribunal deux parties distinctes dans un fonds de commerce : le fonds proprement dit et les marchandises. Les marchandises, ne feraient pas partie du fonds, qui peut seul être donné en nantissement selon les règles de la loi nouvelle.

« Attendu, dit le jugement, qu'à moins de méconnaître tous les principes qui doivent caractériser le gage, on ne saurait admettre, qu'il soit licite aux parties, de constituer les marchandises en nantissement par une simple convention, stipulant qu'elles seront comprises dans le fonds de commerce. Que la loi du 1er mars 1898 a voulu que le commerçant pût continuer à exercer sa profession et qu'il n'est pas possible d'arriver à un tel résultat sans laisser à ce commerçant la faculté de vendre librement ; qu'ainsi donc, si les marchandises se trouvaient englobées dans le fonds donné en nantissement, le créancier bien loin d'être nanti à leur égard, aurait pour gage des objets aliénables sans contrôle, à la seule volonté du débiteur, et qui se transformeraient en actif au profit de la masse, dès le moment où ils seraient convertis en espèces ou valeurs : qu'autrement dit, le gage n'existerait pas. »

(1) Trib. comm. Havre, 30 mai 1899. *Journ. des faill.*, 1900, p. 87 et s.

A ces raisons d'ordre juridique, le tribunal en ajoute d'autres d'ordre économique.

Le but qu'a poursuivi le législateur a été d'augmenter le crédit du commerçant ; or si le nantissement comprend les marchandises, les affaires deviendront impossibles et la ruine du commerce en sera la conséquence.

Les ventes de marchandises se font souvent à terme. La confiance du vendeur repose sur la certitude de retrouver les marchandises en magasin ou leur valeur dans l'actif tout autant que sur la bonne gestion de l'acheteur.

Dès lors, s'il sait que ce qu'il va livrer au commerçant sera le privilège d'un créancier déjà nanti, il n'accordera plus aucun découvert ; d'où gêne et suppression de crédit pour le commerçant.

Bien plus, alors qu'il n'existera aucun nantissement sur le fonds, le vendeur se tiendra sur une prudente réserve, dans la crainte qu'un nantissement postérieur ne vînt absorber tout l'actif au profit du seul créancier nanti.

Quelques décisions judiciaires donnèrent raison au système défendu par le Tribunal de commerce du Havre ; et notamment, la Cour d'Amiens (1), le tribunal de commerce d'Angers (2) et le tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône (3), annulèrent le gage en tant qu'il

(1) Amiens, 7 juillet 1900 (D. 1901. 2. 103).

(2 Trib. comm. Angers, 7 décembre 1900 (D. P. 1901. 2. 97).

(3, Trib. comm. Chalon-sur-Saône (17 décembre 1900 D. 1901. 2. 109.

portait sur les marchandises, le cantonnant au fonds proprement dit.

Ces décisions ne doivent pas être approuvées, elles sont en contradiction avec les principes qui ont présidé à la confection de la loi de 1898. La jurisprudence antérieure (1) à la loi nouvelle a toujours considéré les marchandises comme faisant partie du fonds de commerce. Elle se basait sur l'intérêt qu'il y avait à ne pas disjoindre les éléments divers composant le fonds, et elle regardait comme licite la constitution en gage d'un fonds en bloc y compris les marchandises.

La loi du 1er mars 1898 n'a pas contredit cette théorie. Il résulte des travaux préparatoires et en particulier du rapport de M. Thézard au Sénat que le droit de gage du créancier nanti d'un fonds de commerce s'étend sur les marchandises qui en dépendent.

Sans doute, au cours des travaux préparatoires, personne n'a songé à définir le fonds de commerce d'une façon précise au point de vue de sa composition, mais rien ne permet de soutenir que le matériel et les marchandises doivent être considérés comme distincts du fonds dont ils dépendent.

(1) Cass., 23 mars 1836 (S. 1836. 1. 161 , 27 mai 1878 S. 1878. 1. 261. D. 1879. 1. 79 , 13 mai 1888 (*Gaz. Pal.*, 1888. 1. 649). S. 1888. 1. 302. D. 1888. 1. 351). Riom, 3 mars 1892 (S. 1894. 2. 237 D. 1892. 2. 220). Lyon, 23 mars. 1893 (S. 1894. 2. 237). Cass., 25 juin 1895 (*Gaz. Pal.*, 1895. 3 92). S. 1895 1. 409). Limoges, 17 fév. 1897 (*Gaz. Pal.*, 1897. 1. 591). Rennes, 17 mai 1898 (*Rec. Nantes*, 1899. 1. 107).

On y lit au contraire : « Il y a dans le fonds un ensemble indivisible, lequel a la nature incorporelle, bien que pouvant contenir des objets corporels... Il est bien évident que les meubles corporels, outillage ou marchandises, ne pourraient pas être remis matériellement au créancier gagiste : ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement ; la difficulté quant à ces meubles se résout principalement par la conception de l'universalité juridique : les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés (1). »

Pour combattre ( ) l'argument que nous trouvons dans la jurisprudence antérieure et dans les travaux préparatoires, on soutient que cette jurisprudence n'a pas le caractère décisif que nous lui attribuons et que l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1888, le seul qui ait été rendu en la matière, n'a pas une portée aussi grande que nous voulons dire. Il s'agissait d'un fonds où il n'existait pas de marchandises ; par conséquent, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si les marchandises faisaient partie du nantissement. Nous répondons à cette réfutation, que les travaux préparatoires se sont référés à la jurisprudence antérieure en général et non au seul arrêt de la Cour de cassation ; et que cette jurisprudence a considéré d'une façon constante que le fonds de commerce cons-

(1) Rapport Thézard précité.

(2) Montier, *op. cit.*, ch. IV.

titué en bloc comprenait nécessairement les marchandises.

Quant aux travaux préparatoires, seul le rapport de M. Thézard présente quelque intérêt et notamment le passage que nous avons ci-dessus rappelé. Mais que prouve t il, disent nos adversaires ? Rien, car ce n'est qu'incidemment et même d'une façon inconsidérée que M. Thézard a parlé des marchandises.

Incidemment, c'est à dire que les débats n'ont pas porté sur ce point précis. Or il faut se mettre en garde contre les arguments basés sur les travaux préparatoires. Excellents, lorsque les débats ont porté sur un point bien défini auquel le rapporteur a répondu d'une façon précise, ils sont pleins de dangers lorsqu'on veut y trouver la solution de difficultés qu'ils n'avaient point à trancher.

Inconsidérément, c'est-à-dire que toute l'argumentation repose sur l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1888 et dans l'espèce, il n'existait pas de marchandises.

Nous ne croyons pas que ces critiques soient justifiées et que le législateur ait mérité le reproche qu'on lui adresse. Quel était le but poursuivi ?

N'était ce pas, encore une fois, de fournir au commerçant un nouvel instrument de crédit, un moyen de salut peut-être, en l'autorisant à engager son fonds de commerce ? Il convenait donc de donner au fonds la valeur de crédit la plus considérable qu'il pût fournir

et pour cela de ne pas disjoindre un élément qui contribuait pour une large part à en augmenter la valeur. Aussi n'est il pas étonnant que devant le but à atteindre, le rapporteur ait passé sous silence les inconvénients qui pourraient résulter dans la pratique de l'admission des marchandises dans le nantissement global d'un fonds.

Il s'est rencontré des auteurs qui ont vivement combattu la théorie que nous venons d'exposer, et qui ont estimé, que les marchandises ne sont pas comprises dans l'universalité juridique appelée fonds de commerce et qu'elles ne peuvent pas être données en nantissement (1).

Nous repoussons cette opinion et nous ne pouvons admettre que les marchandises qui autrefois sous le nom de fonds de boutique, constituaient le seul élément du fonds de commerce, soient considérées aujourd'hui comme n'en faisant plus partie.

Les partisans de ce système invoquent à l'appui de leur thèse des arguments d'ordre différent.

D'après eux, la loi du 1er mars 1898 a eu pour but de rendre pratiquement possible le nantissement des fonds de commerce et d'autoriser les nantissements sans qu'il y ait dépossession, parce que la dépossession est incompatible avec la nature même du fonds de commerce. Mais pour les marchandises, il n'y a aucune impossibi-

(1) Montier, *op. cit.*, ch. V.

lité pratique de nantissement avec tradition du gage et dépossession réelle, et le législateur n'avait nullement à intervenir à leur sujet.

Est ce bien le but exactement poursuivi par la loi nouvelle ? Une lutte qui semblait sans issue s'élevait entre les juridictions civiles et consulaires, et bien que le dernier mot dût toujours rester aux premières, il était nécessaire de mettre fin au conflit, en établissant un mot de constitution qui supprimât les inconvénients du système, tant des tribunaux civils que des tribunaux de commerce. Afin de faciliter cette opération et pour la rendre plus pratique, le législateur autorisa, moyennant une nouvelle formalité de publicité, un nantissement sur le fonds de commerce, marchandises comprises comme cela était devenu courant.

Une autre objection consiste à dire que le fonds de commerce est un concept qui dans le langage usuel ne comprend pas les marchandises. Dans les contrats de vente, en effet, un prix spécial est stipulé pour la vente du fonds composé de tous ses éléments et un prix spécial pour les marchandises.

Cette disjonction n'a pas l'importance qu'on prétend lui attribuer et nous ne voyons pas ce que l'on peut déduire de ce simple usage. Nous n'avons nullement prétendu que toutes les parties qui composent un fonds sont indissolublement liées, et qu'elles ne peuvent plus faire l'objet de contrats distincts. Il faut toujours réserver la volonté des parties ; elles peuvent limiter à leur

gré l'objet du nantissement. Elles pourront indiquer qu'il ne portera que sur tels éléments du fonds. Cet usage prouve simplement que si les marchandises font en principe partie du fonds, rien ne s'oppose à ce que la convention des parties les en sépare.

L'argument tiré de la loi du 28 février 1872 n'est pas probant. L'article 7 de la loi suppose même le contraire de ce qu'en veut déduire l'opinion adverse. Si cet article excepte les marchandises de la perception des droits d'enregistrement fixés à 2 0 0 sur le prix de vente des divers éléments d'un fonds, c'est que le législateur estimait qu'elles en faisaient partie, sans quoi il n'aurait éprouvé aucun besoin de les excepter.

La cause réelle de la réduction du droit applicable aux marchandises est d'ordre purement fiscal. La transmission d'un fonds est frappée en vertu de la loi du 28 février 1872 d'un droit de 2 0 0 ; les marchandises neuves garnissant le fonds ne paient que 0.50 centimes 0 0 ; mais pour bénéficier de ce privilège, il faut stipuler dans l'acte de vente un prix particulier pour les marchandises, les désigner et estimer article par article dans le contrat ou dans la déclaration.

Le législateur de 1872 a simplement voulu éviter une fraude trop facile à commettre.

Pour éviter le paiement d'un droit trop élevé, le commerçant aurait liquidé les marchandises avant la transmission de son fonds. Le fisc eût été frustré dans ce cas de la totalité des droits sur ces dernières. En

réduisant le droit à une somme minime, il a écarté le désir, chez les commerçants de soustraire les marchandises au paiement de ce droit ; il les a détournés d'une fraude qu'il eût été dans l'impossibilité de combattre ouvertement ; il a laissé au commerçant la possibilité d'une vente avec un bénéfice normal et légitime.

Une des conditions essentielles du gage, objecte-t on encore, c'est la « spécification » sans laquelle la porte est ouverte à la fraude. Or la publicité organisée par la loi du 1er mars 1898 n'a institué aucune spécification en ce qui concerne les marchandises ; et elle l'aurait certes fait, si elle avait entendu les comprendre dans le nantissement nouveau.

L'usage des parties, les exigences de la pratique amèneront cette spécification et nous avons admis par ailleurs que les mentions inscrites sur le registre public tenu par le greffier devaient porter sur tout ce qui était de nature à identifier la chose donnée en gage.

La loi est restée muette sur ce point, parce que, dit on, elle a craint d'immobiliser les marchandises, en en spécifiant la nature et l'importance.

La spécification n'immobilise pas les marchandises ; elles sont et doivent rester choses fongibles ; c'est la fonction même d'un fonds de commerce d'acheter pour revendre, et il n'est pas possible de concevoir un fonds dans lequel les opérations commerciales soient arrêtées par l'inscription d'un nantissement.

L'objet donné en nantissement l'est avec une cer-

taine indétermination; et comme conséquence naturelle de la notion d'universalité, le nantissement vaut pour des éléments qui n'existaient pas dans le fonds au moment de l'engagement; le fonds de commerce est engagé dans l'ensemble, tel qu'il se poursuit et comporte pendant toute la durée de l'affectation réelle; et ainsi que l'exprime un arrêt de la Cour de cassation (1) les marchandises nouvelles sont « subrogées » aux anciennes.

L'effet de la spécification, tel que la réalise la pratique est de préciser la valeur globale des marchandises au point de vue de la quantité et de la qualité pour montrer dans quelles limites le devoir du débiteur est de les maintenir toujours les mêmes, et déterminer les conditions dans lesquelles il pourrait éventuellement tomber sous le coup de l'article 1188 du Code civil.

A côté de ces arguments qu'ils regardent comme positifs, nos adversaires en invoquent d'autres tirés de l'équité. Qui osera vendre à crédit, à l'avenir ? Le vendeur de marchandises, exposé à voir les matières livrées servir à la garantie exclusive d'un autre créancier, dont les droits seront peut être postérieurs, exigera le paiement immédiat et ne fera plus que des ventes au comptant. Ce sera la ruine du crédit commercial, et un tel procédé rendra les affaires impraticables.

(1) Cass. 10 avril 1814. S. 1812-1814· 1. 553.

Ce malheureux vendeur jouit d'un privilège sur la chose vendue (article 2102, 4° du C. c.) mais ce privilège tombe au moment où il lui serait de quelque utilité, c'est-à dire en cas de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 550 du Code de commerce).

Ainsi donc la faillite réduit le vendeur à se porter simple créancier chirographaire, et à ne toucher qu'un dividende. Par l'affectation des marchandises, on ne tend à rien moins qu'à le priver de ce dividende lui-même.

Mais le débiteur possède d'autres moyens pour faire disparaître le gage de son vendeur. Il peut en effet donner les marchandises en gage séparément par un contrat distinct suivant les formalités ordinaires ; il peut aussi les warranter. La faillite ne fait pas disparaître le privilège des créanciers nantis, parce que les marchandises qui se trouvent en magasin ont contribué à augmenter le crédit du débiteur, et qu'il ne faut pas que les personnes qui ont eu confiance dans le failli voient leur échapper une partie de leur gage (1).

Si les marchandises n'ont été vendues qu'après la la constitution du nantissement, le vendeur pouvait facilement se renseigner sur son existence au greffe du tribunal, puisque la loi a établi une mesure de publicité destinée à renseigner les tiers.

On dit encore (2) que le commerçant qui aura recours

(1) Lyon-Caen et Renault. *Manuel du Dr. comm.*, n° 1211.

(2) Armand Pignolet. *Revue du Notariat*, n° 9584, p. 409.

à un tel moyen pour se procurer des subsides, verra tout crédit se fermer devant lui. C'est la ruine à brève échéance. Nous préférons admettre avec M. Magnier et Pruvost (1) que les tiers se trouveront portés à la prudence et accepteront néanmoins le risque des affaires.

D'ailleurs si les marchandises étaient exclues du fonds de commerce, le propriétaire du fonds qui voudrait les donner en nantissement serait obligé d'en opérer la tradition réelle. Or leur remise au créancier serait aussi incompatible avec les besoins de la pratique commerciale que le dessaisissement du débiteur dans la mise en gage du fonds tout entier (2).

Les inconvénients que présente notre système ne sont pas aussi graves qu'on semble vouloir le faire entendre car la pratique nous montre, qu'en fait, ce sont surtout les vendeurs de fonds de commerce ou les vendeurs de marchandises, qui demandent en garantie le nantissement du fonds de commerce (3).

La jurisprudence a admis la même théorie, et l'arrêt

(1) Magnier et Pruvost, *op. cit.*, n° 34.

(2) Magnier. *Essai sur le nantissement des fonds de comm. Ann du dr. comm.*, 1889, n° 13.

(3) Lyon, 14 mars 1895. S. 97. 2. 89. Trib comm. Seine, 18 janvier 1896. S. 1897. 2. 89. Paris, 2 novembre 1898. D. 1899. 2. 196. Trib civil des Andelys, 6 novembre 1900 D. 1901. 2. 107. Cour Grenoble, 14 novembre 1900. Trib. comm. Honfleur, 7 mars 1900. *J. des faill.*, 1900, p. 513. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, § 245, p. 180. Baudry et de Loynes. *Pr. et hyp.*, t. 1, p. 52, § 67.

de la Cour de Bordeaux (1) a posé avec précision le principe qui doit dominer la matière.

«... Attendu qu'à moins d'une volonté expresse, manifestée par les contractants, la dation en nantissement d'un fonds de commerce comprend tous les éléments qui le composent : droit au bail, clientèle, matériel et marchandises ;... qu'une seule condition est absolument nécessaire, l'observation des formalités édictées par la loi nouvelle.... »

« Attendu que les juges, méconnaissant les dispositions de la loi nouvelle, ont décidé que le matériel et marchandises n'avaient pu être donnés en nantissement ; que l'article 92 du Code de commerce, sur lequel ils se basent et qui n'a pas été en effet abrogé, doit recevoir son application, seulement lorsqu'un matériel ou des marchandises sont données en gage indépendamment et séparément du fonds. »

Se basant sur ces motifs, la Cour réforme le jugement du Tribunal de commerce de Bordeaux du 27 février 1901, et déclare que le nantissement d'un fonds de commerce comprend le matériel et les marchandises comme tous les autres éléments du fonds.

D'après les considérants de ce dernier arrêt, le matériel est aussi considéré comme englobé dans le nantissement du fonds. On ne conçoit pas en effet un fonds sans l'outillage, sans le matériel nécessaire pour vendre.

(1) Bordeaux, 24 février 1902 (*Gaz. Pal.*, 16 juillet 1902).

La jurisprudence est plus unanime encore pour le matériel que pour les marchandises et tandis que certains jugements refusent l'application du privilège aux marchandises, ils l'accordent au matériel. M. Montier(1) dont nous avons essayé de réfuter les arguments apportés contre notre théorie au sujet des marchandises, admet que le matériel, qui assure la prospérité d'un fonds par son agencement, est compris dans le nantissement global du fonds.

2°. — *Brevets d'invention, marques, modèles et dessins de fabrique.* — Ces objets d'une nature plus spéciale peuvent ils être englobés dans le nantissement d'un fonds? Suffira t il d'observer à leur égard les formalités prescrites par la loi nouvelle, ou bien le créancier se verra-t-il dans l'obligation de suivre pour chacun d'eux les règles exigées pour leur constitution en gage.

Avant la loi nouvelle, les brevets d'invention pouvaient être remis en gage (2) mais la validité de la constitution était subordonnée à la rédaction d'un écrit (art. 2074 du C. c.) et à la remise entre les mains du

(1) Montier, *op. cit.*, p. 28, n° 45.

(2) Baudry et de Loynes, *op cit.*, n° 66 et 78. Guillouard. *Nantissement*, n° 51. Aubry et Rau, t. IV, § 432, p. 700. P. Pont. t. II, n° 1103. Renouard. *Brev. d'inv.*, n° 243.

créancier gagiste du titre constatant l'existence du brevet (1).

On admettait aussi que les dessins et modèles, les marques de fabrique pouvaient faire l'objet d'un nantissement. On exigeait de la part du fabricant la dépossession des esquisses, cartes, moules qu'il possédait.

Nous pensons que depuis la loi du 1er mars 1898, ils peuvent être valablement constitués en nantissement en même temps que le fonds, sans autre formalité que l'inscription au greffe du tribunal de commerce.

Le fonds, a t-on dit, est l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard du public la personnalité d'un établissement commercial ou servent à leur exploitation. Or les brevets donnent au fonds le droit exclusif de fabriquer certains produits, les dessins et modèles font partie du fonds, ils sont attachés à la fabrique, les marques sont un accessoire inséparable de l'établissement et s'identifient avec les produits du commerçant. Ce sont donc bien des instruments d'exploitation : ils sont en quelque sorte l'outillage incorporel.

Les usages en matière de vente de fonds sont conformes à cette théorie ; on reconnaît généralement que lorsqu'un acte de vente de fonds en bloc n'a point mentionné expressément les dessins et modèles exploi-

(1) Guillouard, *loc. cit.* Laurent, t. XXVIII, n° 465. Lyon-Caen, t. III, n° 283, p. 213. Baudry, *loc. cit.*, Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 705. Pouillet, *Brev. d'inv.*, p. 201.

tés par le cédant, l'usage des marques, la vente les comprend pourtant, à moins de stipulation contraire (1).

3° *Créances actives et passives.* — Le commerçant, en donnant son fonds en gage, pourra t il y comprendre ses créances, de telle sorte qu'il se trouve dispensé des significations qu'il devrait normalement faire pour chacune de ces créances par application de l'article 2075 du Code civil.

C'est l'opinion que soutient M. Magnier (2). « Il est permis aujourd'hui, dit il, de voir dans le fonds de commerce une universalité juridique, c'est-à-dire une sorte de pécule commercial séparé, par sa destination même, des autres biens du commerçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs, et dont l'aliénation comporte de plein droit, cession à l'acquéreur des créances et des dettes qui en dépendent. »

Cette application serait une conséquence logique de l'état d'universalité juridique, et cependant quoique nous estimions que depuis la loi du 1er mars 1898 le fonds de commerce, objet d'un nantissement constitue une universalité juridique, nous ne croyons pas que les créances doivent être considérées comme susceptibles d'être absorbées dans le nantissement par une forma-

(1) Trib. corr. Seine, 4 déc. 1867. *Ann. propr. ind.*, 1868, p. 56. Pouillet. *Dessins et modèles de fab.*, n° 107. Philippon. *Tr. théor. et prat. Dessins et modèles*, p. 125.

(2) Magnier, *op. cit.*, p. 20, n° 9.

lité unique et globale. Ce que l'on constitue en gage, c'est le fonds, déduction faite auparavant du passif qui le grève. Une valeur positive seule peut en effet faire l'objet d'un nantissement *Non sunt bona nisi deducto œre alieno* : l'exclusion des dettes doit entraîner logiquement l'exclusion de leur contre partie, les créances (1).

On peut d'ailleurs trouver dans la loi un argument d'analogie dans l'hypothèque maritime. On s'est demandé si la créance du fret pouvait être considérée comme un accessoire du navire, de telle sorte qu'elle fût comprise dans le gage hypothécaire ; la réponse fut négative, car le fret ne peut être considéré comme l'accessoire d'un navire que si la loi le déclare expressément, (art. 216, 271 du code de commerce) ; or, cette disposition légale n'existe pas (2). Une telle disposition n'existant pas non plus dans la loi du 1er mars 1898, pour les créances, relatives au fonds de commerce, elles ne font pas partie de l'universalité soumise à l'inscription.

§ 2. — Étendue quant à la créance garantie.

Comme nous l'avons déjà remarqué, la loi a négligé d'indiquer les mentions qui devaient figurer dans l'ins-

(1) Bellon. *Nantissement des fonds de comm.*, p. 120.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. V, n° 98, t. VI, nos 1625 et 1760.

cription. Elle n'a pas requis d'y porter le montant de la créance en principal. Il est évident néanmoins que l'inscription du nantissement assure au créancier le paiement de la créance elle même dégagée de ses accessoires. Lui assure t elle le même rang privilégié pour le paiement des intérêts et en général de tous les accessoires de la créance ?

Ces accessoires qui constituent une partie de la créance, comprennent les intérêts et arrérages, les frais d'inscription et les frais d'acte (1) — s'il en a été rédigé un, — que le créancier aurait dû payer ; les dommages et intérêts auxquels le débiteur peut être condamné pour inexécution de ses engagements (2) les dépens dus au créancier par suite de contestations relatives à la validité du nantissement ou à l'exécution des obligations du débiteur.

Le sort de l'accessoire étant ordinairement lié à celui du principal, il est assez rationnel d'admettre que le nantissement en garantit le paiement.

En ce qui concerne les intérêts, M. Montier (3) fait une distinction. Tandis qu'il reconnaît que le nantissement garantit les intérêts de droit prévus par l'article 1153 du Code civil, il exige pour étendre cette solution aux intérêts conventionnels certaines conditions. Il faut :

(1) Paul Pont. *Pr. et hyp.*, t. II, n° 991. Aubry et Rau, t. III, § 274, p. 340-341.

(2) Cassation, 30 déc. 1868. S. 186.9.170. Dalloz, 1869.1.88.

(3) Montier, *op. cit.*, p. 74, n° 102.

1° Que la convention de nantissement le stipule formellement ; 2° qu'il en soit fait mention dans l'inscription prise sur les registres du greffe ? Ces intérêts, dit il, ne sont pas « un accessoire forcé » de la créance. M. Bellon (1) partage cette opinion.

Le paiement des intérêts échus est garanti par le nantissement du fonds de commerce, consenti après leur échéance sous la seule condition de l'inscription prescrite par la loi du 1er mars 1898.

L'inscription garantit également les intérêts à échoir pourvu que les parties l'aient expressément stipulé (2).

L'hypothèque garantit en effet les créances à terme et éventuelles d'une manière aussi complète que les créances pures et simples (3), il n'y a donc aucun intérêt à invoquer l'argument que l'inscription ne peut pas couvrir une créance qui n'est pas encore née, car les prescriptions du législateur sont beaucoup moins sévères en matière de gage, qu'au sujet de l'hypothèque.

D'ailleurs la créance d'intérêts à échoir est plutôt une créance à terme qu'une créance éventuelle.

Comme le disent avec juste raison MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, « le droit aux intérêts existe de par la convention ; l'exigibilité seule en est reportée à des dates ultérieures et successives. Sans doute, si le

(1) Bellon, *op. cit.*, p. 166.

(2) Montier, *op. cit.*, n° 74, p. 102.

(3) Aubry et Rau, t. III, § 285 2°, p. 417.

débiteur se libère, les intérêts cesseront de courir, mais c'est là une conséquence du caractère accessoire de l'obligation d'acquitter les intérêts. Cette circonstance est sans influence sur les principes. » (1)

Pour ces intérêts, la question se pose de savoir jusqu'à quelles limites la formalité de l'inscription va les rendre privilégiés. Dira t on comme pour les créances hypothécaires, que l'inscription ne conserve, outre le capital et au même rang, que trois années d'intérêts seulement, sauf au créancier à prendre de nouvelles inscriptions pour les intérêts qui naîtront postérieurement, avec rang à la date de l'inscription, ou bien n'assignera-t-on au privilège d'autre limite que le temps de la prescription?

Cette seconde opinion, dit-on, est incompatible avec le principe de la publicité, établie pour que les tiers puissent mesurer avec précision l'étendue du crédit de leur débiteur.

Or, par suite de l'accumulation prolongée des intérêts pendant le laps de temps de la prescription, le crédit du débiteur subira une profonde atteinte. En vain, objecterait on que la prescription de cinq ans établie par l'article 2277 § 4 du Code civil permettra au débiteur d'en restreindre l'étendue. Par une interruption résultant d'un commandement du créancier ou

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Pr. et hyp* , t. III, § 1713.

(2) Montier, *op. cit.*, p. 75, n° 103.

d'une reconnaissance du débiteur, le créancier nanti rendra cette fin de non recevoir inefficace.

Nous ne contestons pas, que cette accumulation prolongée d'intérêts présente des inconvénients et nous admettons volontiers qu'il serait utile de fixer le nombre d'années que l'inscription doit conserver : Néanmoins dans le silence du texte, nous ne croyons pas qu'il soit possible d'étendre la disposition de l'article 2151 du Code civil à la matière du nantissement des fonds de commerce.

D'après le droit commun, en qualité d'accessoires de la créance, les intérêts doivent être conservés par l'inscription prise pour le capital. L'article 2151 contenant une dérogation à ce principe, ne doit donc pas être étendu au-delà de ses termes.

Nous pouvons apporter à l'appui de notre théorie la solution qui a été donnée à la controverse qui existait, avant la réforme introduite par la loi du 17 juin 1893, au sujet de l'ancien article 2151.

Suivant l'opinion généralement admise par la jurisprudence et qu'appuyaient certains suffrages dans la doctrine (1), on refusait d'étendre aux créances garanties par un privilège immobilier, la portée de l'article 2151 qui ne visait que les créances hypothécaires ; et il fallut une disposition nouvelle de la loi du 17 juin 1893, pour limiter à trois années seulement les inté-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Pr. et hyp.*, t. III, p. 37, § 1743.

rèts conservés par l'inscription principale concernant les créances privilégiées.

Dès lors il n'y a pas de raison pour étendre l'application de ce même article à l'inscription du nantissement des fonds de commerce, d'autant que comme nous l'avons déjà dit, la loi n'a pas requis de mentionner dans l'inscription le montant de la créance en principal.

Nous comprenons que la situation des tiers pourra, de ce fait, se trouver singulièrement aggravée, puisqu'ils courent le risque de voir, au moment de la distribution des deniers, le créancier nanti prélever une somme considérable par suite de l'accumulation des intérêts arriérés. M. Montier (1) trouve qu'il y a là une lacune à combler. Mais en l'absence d'un texte formel, il faut dire, comme dans l'ancien droit pour les hypothèques, que le créancier nanti peut se payer en privilège non seulement pour le principal de sa créance, mais en outre pour les intérêts dus. *Exceptio est strictissimæ interpretationis* (2).

Dans un autre ordre d'idées, une question délicate peut être soulevée. Le créancier est tenu de restituer le gage, dès qu'il a été complètement désintéressé en principal intérêts et frais ; mais les dispositions de l'ar-

(1) Montier, *op. cit*, p. 74, n 103.

(2) Montier, *op. cit.*, p. 74, n° 103. Ruffelet, *op. cit.*, p. 136 et s. *Contra*, Bellon, p. 167.

ticle 2082 alinéa 2 apportent une grave dérogation à cette règle.

Il suppose qu'une seconde dette, contractée par le même débiteur envers le même créancier, postérieurement à la mise en gage, est devenue exigible avant le paiement de la première dette.

Dans ce cas, le créancier peut conserver le gage tant qu'il ne sera pas entièrement payé de l'une et l'autre dettes ; lors même qu'il n'y aurait aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde.

En établissant, ce qu'on désigne dans la doctrine sous le nom de gage tacite, le législateur a eu en vue l'intention présumée des parties.

« Le créancier, dit M. Berlier (1) a déjà pris un gage pour une première dette ; s'il n'en demande pas pour une seconde dette qui devra être acquittée ou avant la première, ou en même temps qu'elle, ce sera indubitablement parce qu'il aura considéré le gage dont il est déjà saisi comme suffisant pour répondre de l'une et de l'autre dette. »

Faut il étendre l'application de l'article 2082 alinéa 2 au nantissement d'un fonds de commerce, pour un crédit nouveau accordé par un créancier, dans les conditions imposées par cet article ?

On a soutenu que l'article 2082 ne pouvait recevoir

1) Berlier. *Travaux préparatoires du Code civil. Du nantissement.* Exposé des motifs, p. 208.

son application dans la matière, parce que « le débiteur pourrait continuer à jouir d'un crédit chimérique, lorsque le fonds de commerce, impignoré en apparence pour une somme modique serait en réalité grevé pour la totalité de sa valeur ; et qu'il serait évidemment immoral d'accorder à l'inscription initiale, prise par le créancier, une vertu suffisante pour garantir sa seconde créance au même rang qu'elle » (1).

Il n'est pas besoin de recourir aux inconvénients que cette solution présente, pour refuser à notre matière l'application de l'article 2082.

Dès avant la loi du 1er mars 1898, les commentateurs du Code civil discutaient la portée de notre article. Si tous étaient d'accord pour reconnaître que le gage tacite confère un droit de rétention ; la question de savoir s'il engendrait en même temps un privilège était vivement discutée.

Les adversaires du privilège apportent de bonnes raisons à l'appui de leur théorie (2). Les articles 2074 à 2076 du Code civil subordonnent l'acquisition du privilège à des conditions rigoureuses en l'absence desquelles il ne peut pas prendre naissance ; or dans le cas de gage tacite ces conditions ne se trouvent pas

(1) *Bull. comment. des lois nouvelles.* Roy, n° 6, année 1898, p. 174.

(2) Aubry et Rau, t IV, p. 711, § 434, texte et note 4. Laurent, t. XXVIII, n° 508. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op cit.*, t. I, n° 110, p. 82. Guillouard. *Du nantissement*, p 163 et 157. En sens contr. Pont, *Petits Cont.*, t. II, n 1199.

remplies ; le privilège ne prend donc pas naissance. Le texte de la loi infirme t-il cette induction ? Au contraire. L'alinéa 1 de l'article 2082 se réfère exclusivement au droit de rétention ; l'alinéa 2 formule une exception à la règle posée dans le premier paragraphe. Cette exception ne s'applique par conséquent qu'au droit de rétention.

Enfin il y a d'autant moins lieu d'ajouter le privilège au droit de rétention, que la disposition de l'alinéa 2 de l'article 2082 déroge au droit commun et qu'elle ne saurait à ce titre être étendue en dehors de ses termes.

Si l'article 2082 alinéa 2 n'accorde au créancier qu'un droit de rétention, il est inutile de discuter la question de savoir s'il est ou non applicable au nantissement des fonds de commerce, puisque le créancier nanti n'a pas la possession de la chose engagée et que par conséquent le droit de rétention ne peut jamais prendre naissance.

Section III

Effets du nantissement des fonds de commerce.

L'addition que la loi du 1er mars 1898 a apportée à l'article 2075 du Code civil constitue une innovation considérable. Elle a substitué à la mise en possession et à toutes les mesures de publicité du gage, une inscrip-

tion prise sur les registres du greffe, formalité produisant tous les effets de celles antérieurement exigées, et notamment de la mise en possession. Elle établit donc une dérogation, à la règle que le contrat de nantissement ne peut se réaliser que par un déplacement de la possession du débiteur au créancier.

L'absence de toute mise en possession a amené certains auteurs à soutenir que la loi nouvelle avait eu pour effet de créer une véritable hypothèque sur les meubles.

« Par l'absence de mise en possession, dit M. Charles-Simon (1), par le concours de plusieurs créanciers, la sûreté organisée par la loi nouvelle devient singulièrement analogue à l'hypothèque immobilière. »

De son côté M. Nantet (2) estime que le contrat de gage, a cessé d'être un contrat réel, pour devenir un simple contrat consensuel, et qu'il existe désormais une nouvelle hypothèque mobilière.

M. Bellon (3) pose en principe que l'hypothèque mobilière se présente comme un perfectionnement du gage, dont il supprime les inconvénients ; il en trouve des exemples dans les législations étrangères et notamment à Rome pour le gage des ustensiles agricoles et des bestiaux appartenant au fermier.

(1) Charles Simon, *op. cit.*, p. 190.

(2) Nantet, *op. cit.*, p. 89.

(3) Bellon, *op. cit.*, p. 110.

« La loi du 1er mars 1898, dit-il, contient un nouvel exemple de cette évolution. Il faut, en effet, appeler les choses par leur nom : gage sans déplacement, cela veut dire hypothèque. La différence fondamentale entre le gage et l'hypothèque n'est pas que l'un porte sur des meubles et l'autre sur des immeubles ; la véritable différence entre ces deux contrats, c'est que l'un entraîne avec lui la nécessité du dessaisissement du débiteur tandis que l'autre n'entraîne qu'un droit de suite et un droit de préférence, sans qu'il y ait dépossession au profit du créancier. »

Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte, bien que la solution que nous adoptons aboutisse à ce résultat, de permettre aux parties d'établir, par leur seule volonté, quoique sous une condition de publicité requise seulement à l'égard des tiers, un droit de préférence sur un meuble sans déplacement de la possession (1).

La loi de 1898 a supprimé la formalité du dessaisissement, afin de rendre possible dans la pratique le nantissement des fonds de commerce. Mais ce dessaisissement est-il bien réellement supprimé? S'il est irréalisable en fait, il est certain qu'il peut en droit être effectué fictivement, en ce sens « que le commerçant continue bien en fait à détenir sa chose, mais il la détient pour le compte du créancier. »

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Pr. et hyp.*, t. I, p. 71, § 81.

On trouve d'ailleurs d'autres exemples de possession fictive reconnue par la loi, et nous pouvons citer le cas du bailleur d'immeuble, dont le droit est considéré par tout le monde comme un gage basé sur la possession des meubles qui garnissent la maison, bien que le preneur continue à exercer lui-même cette possession.

Le législateur a donc simplement consacré le principe « du gage sans déplacement. » Par suite de cette innovation, le nantissement des fonds de commerce produit depuis la loi du 1er mars 1898 des effets différant de ceux du nantissement en général. Nous nous proposons d'aborder successivement l'étude des droits et des obligations du créancier et du débiteur, droits et obligations qui naissent du nantissement constitué sur un fonds de commerce.

§ 1. — Obligations du débiteur.

Dans l'ordre ordinaire des choses, où le nantissement est réel, c'est-à dire où le débiteur remet la possession de l'objet du gage entre les mains du créancier, aucune obligation ne naît à la charge du débiteur pour la conservation du gage.

Le créancier en devient en quelque sorte dépositaire et cette remise, ce dépôt comme l'appelle l'article 2079 du Code civil engendre à sa charge l'obligation d'ap-

porter à la garde de la chose tous les soins d'un bon père de famille. L'opinion générale admet que la responsabilité qui en découle doit s'apprécier d'après le type d'un bon père de famille pris *in abstracto* (1).

Une responsabilité pénale peut encore naître à sa charge s'il vient à détourner ou dissiper la chose (art. 408 C. P.)

En ce qui concerne les fonds de commerce, les rôles assignés à chacune des deux parties sont renversés. Le créancier ne prend plus la possession effective de la chose, il n'encourt donc plus aucune obligation pour sa conservation, car la détention n'est plus que fictive. Le débiteur au contraire en assume toute la responsabilité, il devient dépositaire de son fonds pour le compte du créancier gagiste (2) et dès lors ils est tenu de conserver le fonds affecté à la garantie du remboursement de la créance.

On ne peut certes pas lui reprocher l'aliénation des marchandises, puisque leur fonction est de coopérer à l'exploitation du fonds et que l'aliénation fait partie des actes d'exploitation, mais il doit conserver au fonds dans la mesure de son pouvoir toute sa valeur.

Supposons qu'il ait manqué à cette obligation de conserver, nous allons rechercher quelle conséquence

(1) Aubry et Rau, t. IV, par 435, p. 714. Guillouard, *Nantissement*, n° 188. Laurent, XXVIII.

(2) 524. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n 137. P. Pont. *Pet. c.*, t. II, n. 1172.

va en découler tant au point de vue civil qu'au point de vue pénal.

D'après ce que nous venons de dire, l'obligation du débiteur de veiller à la conservation du gage, est une obligation de faire et de ne pas faire; elle se résout en dommages et intérêts toutes les fois que le créancier nanti peut prouver qu'il y a eu faute de la part du débiteur et que cette faute a entraîné pour lui un préjudice.

Mais de quelle faute devra répondre le débiteur ; comment pourra-t-on l'apprécier! Le créancier nanti a fourni une prestation au débiteur ; la possession que celui ci exerce pour le compte du créancier ne suppose aucun désintéressement de sa part, il n'y a donc pas lieu d'étendre à la détention du débiteur la disposition de faveur que l'article 1927 du code civil a établi pour le contrat de dépôt, et il faut conclure que la règle générale, posée dans l'article 1137 code civil, en vertu de laquelle le débiteur est tenu de la *culpa levis in abstracto* s'applique au nantissement prévu par la loi nouvelle.

Il peut arriver que cette action en dommages-intérêts soit dépourvue de toute efficacité. Il suffit de supposer qu'après avoir réduit à néant la valeur du fonds, le débiteur se trouve dénué de toute ressource.

S'appuyant sur ce que le débiteur a diminué les sûretés, sur la foi desquelles il lui a accordé crédit, le créancier exigera le paiement immédiat de sa créance et

invoquera l'article 1188 du Code civil qui consacre la déchéance du terme contre le débiteur « qui par son fait a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». (1)

Telle est la sanction civile qu'encourt le débiteur quand il manque à son obligation de conserver.

La question de la responsabilité pénale souffre quelques difficultés.

L'article 408 du Code pénal punit, comme coupable d'abus de confiance, « quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires possesseurs ou détenteurs, des effets, denrées, marchandises, billets, quittitre tances... qui ne lui auraient été remis qu'à de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ».

Or, comme l'admet M. Montier, (2) on doit voir dans la dissipation des éléments du fonds, un abus de confiance ; par conséquent la disposition de l'article 408 doit recevoir son application dans notre matière.

Nous ne croyons pas, malgré cette opinion, que la sanction pénale soit applicable au débiteur, qui détient le fonds de commerce au profit du créancier gagiste.

Comme le fait fort justement entendre M. Lesur, (3) « bien que le texte de l'article 408 du Code pénal ne le

(1) V. en ce sens, Bellon, *op. cit.*, p. 178. R. Lesur, *op. cit.*, p. 173, n° 106. Montier, *op. cit.*, 125, p 97.

(2) Montier, *op. cit.*, p. 127 et s. p. 97.

(3) Lesur. *Nantissement des fonds de commerce*, n° 108 et s. p. 176.

dise pas, il est dans l'esprit de cette disposition que le détournement ou la dissipation coupables, doivent porter sur la chose d'autrui ; on ne commet pas de délit lorsqu'on détourne ou dissipe sa propre chose ».

D'ailleurs un principe qui domine l'application des lois pénales est celui de leur interprétation restrictive. Pour que l'article 408 trouve son application, la loi a exigé qu'il y ait remise à un titre quelconque d'une chose à une autre personne. Peut on dire que cette condition soit remplie ! Le débiteur n'a rien reçu : c'est lui, au contraire, qui a constitué le nantissement ; dès lors il faut en déduire qu'il n'y a pas dans ce cas abus de confiance.

On peut encore trouver un argument en faveur de cette opinion dans la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles. L'article 13 est ainsi conçu : « Tout agriculteur convaincu d'avoir dissipé ou volontairement détérioré, au préjudice de son créancier, le gage de celui-ci, sera poursuivi correctionnellement comme coupable d'abus de confiance et puni conformément aux articles 406 et 408 du Code pénal sans préjudice de l'article 463 du Code pénal. »

S'il a fallu un texte spécial, pour punir l'agriculteur dont la situation est identique à celle du commerçant, nous sommes en droit de déduire, qu'à défaut d'un texte réglant lui aussi au point de vue pénal le détournement d'un fonds, le débiteur n'encourt aucune responsabilité.

§ 2. — Droits du débiteur.

Aux termes de l'article 2082 du Code civil, le débiteur peut réclamer au créancier la restitution de son gage dans le cas où par un abus de jouissance, celui-ci arriverait à le détériorer et à en diminuer la valeur. Le même droit lui appartient, lorsqu'il a effectué le paiement de la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné, tant en principal qu'intérêts et frais.

Ces droits n'ont plus aucune raison d'être en matière de nantissement des fonds de commerce depuis que la loi du 1er mars 1898 a institué le gage sans déplacement, en conservant au débiteur la détention matérielle du fonds.

Le créancier n'a aucune restitution à faire, puisqu'il n'a rien reçu.

Une difficulté plus sérieuse est soulevée au sujet d'un autre droit que la loi confère au débiteur dans le droit commun.

Le débiteur, jusqu'à l'expropriation de sa chose, en garde la propriété (art. 2079, du Code civil), il peut donc en disposer à titre gratuit ou onéreux ; c'est du moins l'opinion admise par tous les auteurs, quand le nantissement porte sur tout autre objet qu'un fonds (1).

(1) P. Pont. *Pet. c.*, t. II, n° 1169. Beudant, *Cons. de dr. c. sûretés personnelles et réelles*, t. I, n° 195, p. 174. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 99, p. 70. Aubry et Rau, t. IV, p. 711, n. 434. Guillouard, *Nantissement*, n° 141.

Mais certains auteurs (1) ont repoussé cette théorie lorsqu'il s'agit du nantissement prévu par la loi nouvelle. La vente amiable par le débiteur équivaut à une dépossession par un tiers de mauvaise foi ; le créancier a le droit de faire annuler cette vente parce qu'il a la possession fictive du fonds et que lui seul peut en disposer. La nullité de la vente amiable, consentie par le débiteur sans le concours du créancier gagiste, ne peut donc pas faire de doute un seul instant.

Nous répondrons que le propriétaire est libre d'aliéner sa chose, à moins qu'un texte ne vienne apporter une exception au principe de cette liberté. Sans doute le débiteur a contracté l'obligation de conserver le gage et de veiller à sa conservation. Mais il ne s'agit pas ici d'une obligation de donner ; l'obligation de conserver ne doit pas être suivie d'une livraison ; elle consiste plutôt dans l'obligation de garder au gage la valeur pour laquelle il a été donné en garantie. Et l'on conçoit parfaitement que l'obligation de veiller à la conservation du fonds n'emporte pas pour le débiteur l'interdiction de l'aliéner ; car il peut se rencontrer des hypothèses où l'aliénation permettra au débiteur de fournir au créancier d'une façon plus certaine son remboursement. Il suffit de supposer qu'elle ait été opérée dans des conditions favorables que l'on n'aurait plus de chance de rencontrer.

(1) Montier. *Nantissement des f. de com.*, n° 110, p. 80.

Cette théorie qui consacre le droit d'aliénation du débiteur ne sacrifie pas la situation du créancier nanti, celui ci conserve son droit de préférence sur le prix et son droit de suite sur le fonds lui même ; il possède une action en dommages-intérêts dans le cas de faute de la part du débiteur ; il peut enfin exercer l'action en nullité prévue par l'article 1167 Code civil pour se prémunir contre la fraude de son débiteur.

§ 3. — Obligations du Créancier.

Les obligations du créancier gagiste se ramènent, en droit commun aux deux suivantes : le créancier est tenu de conserver la chose remise, en nantissement ; il contracte par la remise, qui lui est faite de la chose, l'obligation de la restituer dès qu'il aura été désintéressé, ou plus généralement, dès que la dette, pour sûreté de laquelle elle lui a été remise, sera éteinte par l'une des causes prévues par la loi. De plus il lui est interdit de se servir du gage sans autorisation, ou d'en faire un usage abusif dans le cas où il a été autorisé.

Toutes ces obligations découlent de cette idée que le créancier a été mis en possession de la chose et qu'il en est devenu débiteur. Mais comme nous l'avons démontré à propos des obligations du débiteur, depuis la loi du 1er mars 1898 sur le nantissement des fonds du commerce, les rôles sont renversés. Le créancier

ne reçoit pas la possession effective de la chose ; le débiteur continue à exploiter le fonds constitué en nantissement et c'est à sa charge que naissent les obligations qui dans le droit commun incombent au créancier.

§ 4. — Droits du créancier gagiste.

Dans le droit commun, le créancier gagiste a un droit de rétention en vertu duquel il peut conserver la possession envers et contre tous jusqu'au paiement de ce qui lui est dû. Il a aussi un droit de suite, qui lui permet de revendiquer la chose engagée lorsqu'il l'a perdue ou qu'elle lui a été enlevée. Il a enfin le droit de faire vendre la chose suivant les règles établies par le Code civil et le Code de commerce et de se faire payer sur le prix de la chose par privilège et préférence aux autres créanciers.

Voyons ce qu'il advient de chacun de ces droits dans le cas du nantissement d'un fonds de commerce.

1. — Droit de rétention.

« Le droit de rétention, est le droit pour une personne qui possède ou détient une chose appartenant à autrui, d'en conserver ou d'en retenir la possession ou

la détention jusqu'au paiement de ce qui lui est dû (1). » Il est donc un corollaire de la mise en possession du créancier gagiste (2).

Ceci posé, quelle va être la situation du créancier nanti d'un fonds de commerce ? Le créancier, jouit il encore d'un droit de rétention ?

La loi du 1er mars 1898 n'exige plus que le créancier soit mis en possession du fonds ; or on ne retient que ce qu'on a reçu, il ne peut donc être question de droit de rétention.

La suppression de ce droit constitue une grave dérogation aux principes généraux du gage. Le créancier perd un des moyens qu'il avait de contraindre son débiteur à le payer.

Et néanmoins sa situation ne se trouve pas empirée par cette diminution de garantie : le droit de suite dont il est armé a une efficacité plus grande que le droit de suite du créancier gagiste ordinaire. Lorsqu'il s'agit d'un meuble corporel en effet, la fin de non recevoir tirée de l'article 2279 du Code civil permet à l'acquéreur de l'objet du gage, de triompher du créancier revendiquant. Celui ci ne trouve d'utilité dans son droit de suite que s'il est en présence d'un possesseur de mauvaise foi ou s'il a été dépouillé par suite de

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Du nantissement, Priv et hyp*, t. I, p. 99, n° 100.

(2) Beudant. *Cours du dr. civil frs. Sûretés réelles et personnelles*, p. 174, n° 195.

perte ou de vol. Depuis la loi du 1er mars la situation des fonds de commerce est changée. Ceux ci ont été classés dans la catégorie des meubles incorporels et il est admis en principe par la doctrine et par la jurisprudence que la règle « en fait de meubles la possession vaut titre » ne s'applique pas aux meubles incorporels. Dès lors, l'acquéreur de bonne foi du fonds ne peut opposer au créancier gagiste la fin de non-recevoir tirée de l'article 2279 du Code civil et l'action en revendication de celui ci doit nécessairement triompher.

2. — Du droit de suite.

Certains auteurs (1) repoussent catégoriquement la théorie qui attribue au créancier nanti d'un fonds de commerce un droit de suite.

« En admettant, disent MM. Baudry Lacantinerie et de Loynes, que le débiteur puisse aliéner le fonds de commerce, il est impossible de reconnaître au créancier un véritable droit de suite, et la faculté de poursuivre la revendication de son gage entre les mains d'un tiers acquéreur et sur la tête de celui ci. »

Il semble bien pourtant que la loi de 1898 contient un nouveau moyen de contrainte pour le créancier : le droit de suite.

(1) Ruffelet, *op. cit.*, p. 150. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Priv. et hyp.*, t. I, p. 72, n° 84.

La loi exige une inscription pour que le gage soit opposable aux tiers ; il résulte de là, qu'une fois l'inscription prise, il doit être opposable à toutes les personnes qui traitent avec le commerçant et parmi celles-ci à l'acquéreur du fonds de commerce.

La constitution du gage lui est opposable, disons-nous : cela revient à dire que le créancier est armé du droit de suite à son égard. Les aliénations que le constituant ferait de son fonds après une inscription régulière ne seraient pas opposables au créancier qui aurait valablement conservé ses droits ; malgré l'aliénation, il pourrait poursuivre le fonds entre les mains du tiers débiteur, le saisir et le faire vendre pour exercer son privilège.

Comment expliquer l'existence de ce droit ? Un fonds de commerce, dira t-on, est une chose mobilière ; et la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » permet au détenteur d'une chose mobilière d'opposer une fin de non recevoir radicale au tiers qui vient la revendiquer.

M. Montier (1) a réfuté cette opinion, mais nous ne saurions admettre les motifs sur lesquels il se base pour éviter l'écueil de l'article 2279 et consolider le droit du créancier gagiste. Pour lui, le tiers détenteur doit forcément succomber parce que, ayant dû connaître par la publicité du registre du greffe la charge dont le fonds était grevé, il est toujours de mauvaise foi.

(1) Montier, *op. cit.*, ch. IX, section II, n° 119 et s.

L'existence de ce droit de suite peut s'expliquer d'une manière beaucoup plus rationnelle. La loi du 1er mars 1898 a fait du fonds de commerce une universalité juridique de nature incorporelle.

Or les dispositions des articles 2279 et 2280 que le tiers détenteur peut invoquer, lorsque le gage porte sur un objet mobilier, ne s'appliquent qu'aux meubles corporels et aux meubles pris individuellement (1).

Par conséquent les fins de non recevoir ne peuvent être invoquées à l'encontre du créancier gagiste du fonds qui est d'une part un meuble incorporel et d'autre part une universalité de meubles.

Le droit de suite a pour effet d'amener l'expropriation du tiers détenteur.

Il existe cependant au profit du tiers détenteur d'immeuble actionné en cette qualité plusieurs moyens d'échapper à l'expropriation qui le menace : il peut payer intégralement la dette ; il peut aussi exercer la purge des hypothèques et si ces deux premières solutions lui paraissent désavantageuses il peut délaisser, c'est à dire abandonner la détention de l'immeuble. Il peut enfin opposer à certains créanciers hypothécaires l'exception de discussion, ou encore l'exception de garantie si le créancier qui exerce l'action hypothécaire est tenu personnellement à la garantie envers lui.

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier. *Prescription*, n° 839 ; Laurent, t. XXXII, n 545 et 565. Aubry et Rau, t. II, p. 151, n° 183.

Ces règles trouvent-elles, toutes, leur application en notre matière ? Ne s'en trouve t il pas d'exceptionnelles, qu'à défaut de textes, le tiers détenteur ne pourrait mettre en œuvre.

Il est évident que pour répondre à la procédure dirigée contre lui par le créancier gagiste et arrêter les poursuites, le tiers détenteur qui a acquis la propriété par l'aliénation qui lui a été régulièrement consentie, a le droit de conserver cette propriété, à condition d'acquitter les charges qui la grèvent. Il peut donc payer le créancier gagiste, sans que celui ci puisse y mettre opposition, s'il touche le remboursement intégral de sa créance en principal, intérêts et frais.

Mais le tiers acquéreur, peut-il libérer le fonds des nantissements qui le grèvent, au moyen de la purge ? En matière d'hypothèque immobilière (article 2181 du Code civil) comme en ce qui concerne les hypothèques maritimes (loi du 10 juillet 1885) la loi a organisé la purge, c'est-à-dire la procédure à suivre par le tiers détenteur pour prévenir ou arrêter l'exercice du droit de suite en offrant le prix ou la valeur estimative de l'immeuble par lui acquis. C'est là une procédure spéciale, créée par le législateur dans des textes spéciaux. Rien de semblable n'a été prévu par la loi du 1er mars 1898 ; il nous est donc impossible de transporter la purge légale dans notre domaine.

Il en est de même pour l'exception de discussion. Edictée en matière hypothécaire pour enlever à la pour-

suite du créancier contre le tiers détenteur, ce qu'elle pourrait avoir d'injuste, elle permet à celui ci d'exiger que le créancier exerce son droit d'hypothèque sur d'autres immeubles qui sont restés entre les mains du débiteur. Reposant sur un texte spécial, nous ne pouvons l'étendre en dehors du domaine pour lequel elle a été créée.

Quant à l'exception de garantie, elle repose sur le principe général « qui doit garantir ne peut évincer » et par conséquent rien ne s'oppose à ce que nous l'appliquions quand il s'agit d'un fonds de commerce.

3. — Du droit de réalisation.

Le créancier gagiste a un privilège, c'est à dire aux termes de l'article 2073 « le droit de se faire payer sur la chose engagée par priorité et préférence aux autres créanciers. »

Ce privilège ne peut être exercé que si le meuble engagé a été préalablement réalisé, car les privilèges ne s'exercent que sur le prix : la réalisation du gage précède donc forcément l'exercice du privilège.

Cette réalisation soulève des difficultés, qui procèdent de ce que la loi nouvelle ayant supprimé la condition du dessaisissement, le créancier gagiste n'est plus réellement nanti.

On (1) a d'abord contesté au débiteur le droit de

(1) Montier, *op. cit.*, n° 110, p. 82.

consentir la vente amiable du fonds sans le concours du créancier gagiste. Nous avons démontré quand nous avons étudié les droits du débiteur, que cette théorie n'était pas admissible. Nous avons basé notre opinion sur ce fait qu'aucune disposition légale expresse n'a établi cette prohibition et que d'autre part le débiteur étant resté propriétaire de son fonds, et la propriété emportant toujours le droit d'aliéner, ce droit d'aliénation ne peut lui être dénié. Cette vente amiable n'est cependant pas inattaquable : le créancier pourra la faire tomber soit par l'exercice de l'action en revendication, soit par l'exercice de l'action paulienne.

Nous envisageons ici la question de la réalisation du gage par le créancier gagiste. Le droit d'exécuter le gage suppose que le créancier n'est pas remboursé, à l'échéance, de sa créance. Dans le droit commun, deux partis s'offrent à lui, entre lesquels il a le droit d'opter, après s'être adressé à la justice pour qu'il soit statué sur le sort réservé à l'objet du gage : il peut demander que le gage lui demeure en paiement ; il peut aussi demander qu'il soit vendu aux enchères. S'il s'agit d'un gage commercial, la loi du 23 mai 1863, n'oblige pas le créancier à s'adresser à la justice. Après une signification faite au débiteur, le créancier peut à l'expiration d'un délai de huitaine faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. Dans aucun cas, il n'est autorisé à s'approprier le gage, sans remplir les formalités que nous venons d'énumérer.

La loi du 1er mars 1898 n'a rien innové sur ce point; la réalisation par le gagiste rentre dans le droit commun. Il faut appliquer ce droit aux fonds de commerce qui ont été l'objet d'un nantissement, bien que les articles 2078 du code civil et 93 du code de commerce aient été rédigés pour les créanciers véritablement nantis de leur gage.

Toutefois le créancier gagiste d'un fonds de commerce se trouve dans une situation différente de celle du gagiste ordinaire, lorsqu'il s'agit de procéder à la vente aux enchères. La loi de 1898 n'ayant créé l'universalité juridique que pour le nantissement, la vente reste soumise au droit antérieur. Le meuble incorporel qui constitue cet *universum corpus* n'est point susceptible d'une procédure d'exécution tendant à une vente forcée en bloc. Les créanciers du débiteur seront obligés de saisir exécuter séparément chacun des éléments qui composent le fonds.

Admettons que cette saisie exécution partielle ait été pratiquée. Le démembrement du fonds pourra porter préjudice au créancier qui aurait retiré un prix plus considérable de la vente globale de son fonds. Aussi est-il juste d'accorder au créancier gagiste la ressource de demander la discontinuation des poursuites et de réclamer la vente globale du fonds.

Le créancier fait opérer la vente. Elle doit avoir lieu aux enchères, avons-nous dit : quel sera, dans l'espèce, l'officier ministériel compétent ?

La loi du 1er mars 1898 ayant fait du fonds de commerce un meuble incorporel, la vente sera effectuée par un notaire à l'exclusion de tous autres.

M. Montier nous donne une longue énumération des difficultés pratiques que cet officier ministériel pourra rencontrer. Le débiteur opposera peut être une véritable résistance et se refusera à remettre son bail, rendant ainsi la rédaction du cahier des charges impossible. Sur poursuite du notaire, un jugement ordonnera sans doute la remise de cette pièce indispensable, et il pourra être procédé à la vente après la publicité d'usage; mais l'adjudicataire devra lutter contre la mauvaise volonté du propriétaire dépossédé qui refusera de quitter les lieux (1).

Nous ne nions pas ces inconvénients pratiques, qui ne sont pas à proprement parler des obstacles juridiques. Ils créent la nécessité d'une procédure, ils occasionnent des frais, ils amènent des retards, ils compromettent la valeur du fonds, mais ils ne sont pas insurmontables puisque le débiteur peut être contraint par justice à remettre son bail et au besoin se faire expulser.

C'est souvent en présence de la faillite ou de la liquidation judiciaire que se présente la question de la réalisation du gage. Il ne peut y avoir de difficulté quand le syndic de la faillite prend le parti de retirer le gage en désintéressant le créancier (art. 547 Code du commerce).

(1) Montier, *op. cit*, n° 109, p. 80 et s.

Mais si les ressources ne permettent pas ce paiement, le fonds doit être vendu. On a soutenu que le syndic ne pouvait pas procéder à la vente du fonds de commerce en cas de refus du créancier gagiste (1) ; et qu'en tous cas il ne pourrait contraindre le créancier à procéder à la vente que dans le cas où celui-ci aurait intérêt à rester inactif et à laisser le capital se grossir des intérêts pour ne réaliser qu'à la dernière extrémité. Seul le créancier, dit M. Bellon (2), possède le droit de vente et le syndic ne peut se substituer à lui pour la requérir.

Nous repoussons cette théorie, car en vertu du principe que le débiteur est demeuré propriétaire de l'objet engagé, et que par conséquent il peut l'aliéner, ses créanciers ou le syndic, au nom de la masse en cas de faillite, peuvent le réaliser ; le nantissement du fonds n'empêche pas celui-ci de rester dans le gage de la masse chirographaire ; et à la condition de payer le gagiste par privilège, le syndic, représentant de la masse, doit pouvoir poursuivre la réalisation du gage commercial (3) avec l'autorisation du tribunal.

Voici donc la vente opérée ; le prix en a été versé. C'est sur ce prix que le créancier gagiste va pouvoir se faire rembourser de sa créance au moyen de son droit de préférence.

(1) Montier, *op. cit*, nos 114 et suiv., p. 85 et s.

(2) Bellon, *op. cit.*, p. 176.

(3) Percerou, rapport précité, p. 256.

4. — Du droit de préférence.

Quelles que soient les conditions dans lesquelles la vente a été opérée, qu'elle ait été amiable ou forcée, qu'elle ait été provoquée par le débiteur ou l'un de ses créanciers, par un syndic agissant au nom de la masse, ou par le créancier gagiste, celui ci jouit d'un privilège qui lui permet de se faire payer sur le prix du fonds engagé par privilège et préférence à tous les autres créanciers.

La seule condition imposée par la loi pour la conservation du privilège, condition primordiale nécessaire, c'est que le créancier ait régulièrement pris inscription au greffe du tribunal de commerce. Cette condition remplie assure l'existence du nantissement à l'égard des tiers. Nous avons vu plus haut en étudiant l'étendue du gage qu'elle assurait au créancier un droit de préférence non seulement pour le principal de la créance, mais encore pour les accessoires et les intérêts en particulier. Mais ce droit de préférence va se heurter aux droits des créanciers chirographaires ou privilégiés du propriétaire; de là une source de conflits secondaires auxquels va donner lieu le principe que la loi posait, en consacrant la validité du nantissement moyennant la seule formalité de l'inscription.

Plusieurs privilèges de nature différente peuvent grever un même fonds de commerce. Il peut exister aussi

plusieurs inscriptions de nantissement sur ce fonds. Pour la répartition du prix de vente, une procédure de distribution s'ouvre, quels seront les droits du créancier gagiste en présence des autres créanciers du débiteur ? ou en d'autres termes, quel rang occupera le créancier nanti du fonds pour le paiement de ce qui lui est dû ?

Le créancier gagiste peut se trouver en présence de deux catégories différentes de créanciers : les créanciers chirographaires ou bien des créanciers privilégiés.

Pour les premiers, aucune difficulté ne peut surgir, le droit de privilège du créancier gagiste lui assurera le paiement intégral de ce qui lui est dû, sans qu'il ait à craindre que les autres créanciers concourent avec lui dans la distribution du prix.

La loi du 1er mars 1898 est restée complètement muette sur les droits que pourrait faire valoir le créancier gagiste du fonds en concours avec d'autres créanciers privilégiés.

En l'absence de toute disposition de la loi, il faudra appliquer purement et simplement le droit commun. Or l'article 2073 du Code civil dispose que « le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par préférence aux autres créanciers. »

Devrons-nous dire que le créancier nanti primera nécessairement et toujours ceux avec qui il pourrait entrer en concours ? Nous ne le croyons pas. En effet,

le législateur ne peut avoir en vue de régler un concours entre créanciers privilégiés dans le titre du nantissement où cette disposition a trouvé place. Il concède un privilège quitte à examiner plus tard à quel rang ce privilège viendra en concours avec d'autres.

Il est de principe que, entre créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges (article 2096 du Code civil). Or le créancier nanti peut se trouver en conflit avec des créanciers munis de l'un des privilèges généraux de l'article 2101 du Code civil ; avec certains créanciers munis de l'un des privilèges spéciaux sur les meubles de l'article 2102 du Code civil, tels que le bailleur des lieux dans lesquels le fond est exploité, le vendeur d'objets mobiliers faisant partie du fonds, le vendeur du fonds de commerce ; ou enfin avec d'autres créanciers également nantis du même fonds.

Nous allons examiner la question du concours du gagiste avec ces différents créanciers privilégiés.

1° Le privilège du créancier gagiste est un privilège spécial et la question est discutée de savoir comment doit se régler le conflit entre un créancier ayant un privilège spécial et les créanciers ayant un privilège général. Dans un premier système on soutient que les privilèges généraux doivent toujours primer les privilèges spéciaux (1). Un second système au contraire

(1) Rouen, 30 janvier 1851 (S. 1851. 3. 281. D. 1852. 2. 375). Colmet de Santerre, t. IX, n° 49 *bis*.

estime que les privilèges spéciaux sur les meubles doivent passer avant les privilèges généraux à l'exception des frais de justice (1). Un troisième système plus généralement suivi admet que la préférence n'est due de plein droit ni aux uns, ni aux autres (2).

Les frais de justice, par exemple, qui profitent à tous les créanciers doivent être supportés par tous, en ce sens que leur recouvrement pourra être poursuivi par préférence à toutes autres créances (3).

Le motif de cette disposition est que ces frais ont été faits pour la conservation ou la réalisation du gage.

Pour ce même motif, le privilège des gens de service, ouvriers et commis attachés à l'exploitation du fonds doit être préféré au privilège du créancier gagiste (4).

Une controverse s'élève au sujet du privilège du Trésor elle trouve son point d'appui dans l'article 2098 § 2 du code civil. « Le Trésor public, y lit on, ne peut obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers. » Cette disposition, au dire

(1) Cass., 30 mars 1849 (S. 1850. 1. 106. D. 1849. 1. 250. Dijon, 19 mai 1893 (S. 1893. 2. 134. D 1893. 3. 479). Valette. *Pr. et hyp.*, n° 119.

(2) Cass., 19 janvier 1864 (S. 1864. 1. 60. D. 1864. 1. 80). Paris, 5 mars 1872 (S. 1873. 2. 13). D 1873. 2. 182 Aubry et Rau, t. III, § 289, p. 479. Baudry-Lacantinerie et de Loynes t. I, n° 773.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Du nantissement priv et hyp.*, t. I, p. 575, § 775.

(4) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, p. 577, n° 978.

d'une première opinion (1) a voulu simplement consacrer le principe de la non rétroactivité des lois. Une seconde opinion (2) admet au contraire que les privilèges du Trésor ne peuvent pas être opposés aux créanciers qui ont acquis sur les biens des redevables des droits de préférence avant la date à laquelle a pris naissance la créance du Trésor.

Nous nous rallions à cette dernière opinion, et nous admettons que le Trésor ne pourra pas venir par préférence au créancier gagiste sur le prix du fonds mis en distribution, pour ses créances nées postérieurement à l'inscription du nantissement.

Nous trouvons dans la solution de ces conflits, l'application pure et simple des principes généralement enseignés.

2° Concours du créancier nanti du fonds de commerce avec certains créanciers munis de privilèges spéciaux.

Les frais faits pour la conservation de la chose, avons nous dit au sujet des frais de justice et du salaire des gens de service, doivent être colloqués par préférence à toute autre créance ; aussi n'hésitons nous pas

(1) Cass., 2 décembre 1862 (S. 1863. 1. 97. D.1862. 1. 1 513). Paris, 13 mai 1896 S. 1896. 2 212). *Sic*. P. Pont. *Pr. et hyp.*, t. I, n° 29. Guillouard, *nant. P. et hyp.*, t. II, n 555 Laurent, t. XXIX, n° 320.

(2) Cass., 30 avril 1889 (S. 1890. 2. 289. D. 1890. 2. 20). Aubry et Rau, t. III, § 263 *bis*, p. 186. Colmet de Santerre, t. IX, n° 8 *bis* Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n. *P. et hyp.*, t. I, n° 648. Beudant. *Cours de droit civil fr. sûretés personnelles et réelles*, t. I, n° 492, p. 437.

à préférer au créancier gagiste le créancier à raison des frais faits pour la conservation du fonds.

Le conflit entre le gagiste d'un fonds de commerce et le bailleur de l'immeuble où ce fonds est exploité peut être facilement résolu malgré le silence de la loi.

Ces deux privilèges reposent sur une idée de nantissement ; ce sont donc deux privilèges du même ordre. Ils proviennent tous deux d'une même cause de préférence : la détention du bien gagé par le propriétaire du fonds pour le compte du bailleur en même temps que pour le compte du créancier gagiste.

Or il est de principe, que le premier nanti doit primer l'autre (1), car le bien gagé n'est grevé du second privilège, qu'avec la nécessité de respecter le privilège plus ancien qui le grève. Le bailleur primera donc, en général, le créancier nanti du fonds : le gage tacite, dont le premier bénéficie, étant antérieur au gage exprès du second.

Nous avons dit, en général ; il peut arriver en effet que le droit de priorité soit renversé. Le débiteur peut changer de local et établir son fonds dans un nouvel immeuble où il l'exploitera ; ou bien, le bail des lieux loués peut arriver à son terme et le commerçant renouveler sa location dans les lieux qu'il occupait précédemment. Dans ce cas quel créancier primera l'autre, du gagiste ou du bailleur ?

(1) Beudant, t. I, p. 428, n° 480.

La question revient toujours à savoir à quelle époque remonte le premier nantissement. Or c'est l'inscription qui constitue le nantissement du créancier, comme c'est le contrat de bail qui constitue celui du bailleur.

Il semble que dans les deux cas que nous avons prévus le droit du gagiste est antérieur à celui du bailleur, pourvu, bien entendu, qu'il ait rempli la formalité de l'inscription. C'est donc le créancier qui sera payé par préférence.

On pourrait peut-être objecter que pour conserver son droit de priorité le créancier gagiste devra porter à la connaissance du nouveau bailleur le droit qui lui appartient sur les objets apportés dans le nouvel immeuble. Nous ne croyons pas que cette objection puisse faire obstacle aux droits du gagiste ; car la formalité de l'inscription accomplie, le bailleur ne peut plus se prévaloir de l'ignorance où il se trouve de l'affectation que les meubles avaient déjà reçue antérieurement.

Un conflit qui se présentera souvent dans la pratique est celui du créancier gagiste avec le vendeur d'objets mobiliers et surtout avec le vendeur des marchandises destinées à alimenter le fonds.

Nous pouvons résoudre ce conflit par un argument d'analogie tiré de l'article 2102, alinéa 4 du Code civil. Le principe qui s'induit de ce texte peut être formulé de la façon suivante : « le gagiste dans le gage duquel est entré un objet mobilier corporel acquis à crédit, doit être préféré au vendeur de cet objet, si du moins

il est de bonne foi et ignore que le prix de cet objet soit encore dû (1). »

La question se pose par suite de l'usage généralement suivi dans la pratique. La coutume existe dans le commerce, surtout dans les commerces où l'on achète pour revendre, de ne payer ses fournisseurs qu'à terme ; les vendeurs livrent leurs marchandises à crédit et suivent la foi de l'acheteur. Ils lui accordent un délai pour acquitter le montant de ses factures, de sorte que des biens entrent dans le patrimoine du commerçant grevés d'un privilège jusqu'au jour du paiement.

Mais le créancier qui consent à faire une avance à l'acheteur n'a consenti à devenir créancier qu'avec la garantie qui lui était offerte, et il n'a aucun moyen de vérification pour s'assurer si le prix des meubles introduits dans le fonds a été payé. Il est fort probable qu'il n'eût point traité avec son débiteur, s'il eût pu songer que les choses offertes n'étaient pas libres de toute charge. Le créancier nanti d'un fonds de commerce primera donc, sur la valeur de tous les objets qui y entreront, le vendeur de ces objets. En adoptant cette solution, nous ne faisons que suivre la règle généralement admise dans le droit commun (2).

Mais ici une grave objection s'élève. Supposons que

(1) Charles Simon, *op. cit.*, p. 204.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Pr. et hyp.*, t. I, n° 493, p. 381, n° 763, p. 564.

le créancier gagiste connaissait le non paiement des objets incorporés ; quelle sera la situation dans le cas où la faillite survient? Vis à-vis de la masse, le vendeur non payé perd alors son privilège (art. 550 du C. com.). Le créancier nanti garde le sien. S'il peut l'exercer vis-à-vis du vendeur comme vis à-vis de la masse, il n'y a pas de difficulté. Mais si, à raison de la connaissance qu'il avait du non paiement du prix, il ne peut opposer son privilège au vendeur, la situation devient très embarrassante. D'une part, le vendeur du matériel doit primer le créancier nanti et concourir avec la masse ; et d'autre part, ce créancier nanti doit primer cette masse, mais être primé par le vendeur (1).

Le créancier nanti peut se trouver en conflit avec le vendeur du fonds de commerce ; il est assez rare néanmoins que pareil conflit se présente. Le concours des créanciers privilégiés suppose, en effet, l'insolvabilité du débiteur qui entraîne sa faillite. Or, en cas de faillite, avons-nous dit, le privilège du vendeur disparaît en vertu de l'article 550 du Code de commerce.

Mais la question pourrait facilement se résoudre, si par hasard elle se présentait (2). En s'inspirant du texte de l'article 2102 du Code civil, on peut arriver à une solution équitable de ce conflit qui n'a pas été

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*. Rapp. de M. Percerou, n° 3, p. 247, note 1.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Pr. et hyp.*, t. I, p. 55, § 67, 4°.

prévu. Dans son paragraphe 4, l'article 2102 permet au vendeur d'effets mobiliers d'exercer son privilège, mais seulement après celui du bailleur; et on en conclut que la loi préfère le créancier gagiste (ici le bailleur), au vendeur de meubles. Cette solution doit être admise, d'après M. Percerou, « par suite de cette idée très simple qu'en l'état actuel de nos lois, le privilège du vendeur d'un fonds de commerce, n'étant pas légalement publié, le créancier nanti ne peut être réputé en faute de l'avoir ignoré, et que du reste en cas de faillite, le privilège du vendeur de meubles disparaît tandis que celui du créancier nanti subsiste (1). »

Pour remédier à cette situation, il faudrait créer un registre public, sur lequel les vendeurs auraient à inscrire leur privilège, qui se trouverait ainsi dûment conservé (2).

Elle ne présente pas cependant des inconvénients bien sérieux, car le vendeur du fonds de commerce qui veut se garantir contre la faillite de l'acheteur, stipule dans l'acte de cession que le fonds lui demeurera, affecté à titre de nantissement, puis fait inscrire ce gage, conformément à la disposition nouvelle, pour produire effet à l'égard des tiers.

« Il pourrait même, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, pour se mettre à l'abri de tout

(1) M. Percerou Rapp. tiré du *Bulletin de la Société d'études législatives*, p. 246.

(2) Thaller, *op. cit.*, 2e éd., p. 1012, § 1958.

fraude, subordonner la vente qu'il consent, à la condition formelle que son inscription, requise dans un délai convenu entre les parties, ne fût pas précédée par une autre inscription de créancier gagiste (1). »

La question s'est posée de savoir si ce nantissement était valable ; s'il ne contrevenait pas d'une façon indirecte à l'article 550 Code commercial, et s'il ne constituait pas un moyen détourné d'en éluder les règles ? La Commission, chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce, a décidé que le nantissement même constitué au profit du vendeur pour garantie de son prix de vente, est parfaitement régulier et que notamment, nonobstant l'article 550 *in fine* du Code de commerce, il est, en cas de faillite, opposable à la masse : les motifs, qui ont fait édicter cet article et qui consistent dans le caractère occulte du privilège du vendeur de meubles, ne se retrouvant plus dans notre matière.

3° Enfin le créancier gagiste du fonds peut se trouver en concours avec d'autres créanciers gagistes, surtout depuis la loi du 1er mars 1898, qui a supprimé, dans le cas du nantissement des fonds de commerce, la mise en possession du créancier.

Va t on suivre, pour régler le concours entre eux, les prescriptions de l'article 2097 du Code civil ? Cet

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Nant. Pr. et hyp.*, t. I, n° 67, p. 56 et 57.

article décide que « les créanciers qui sont dans le même rang, sont payés par concurrence ».

Or les créanciers qui sont dans le même rang, sont ceux dont les créances ont même qualité ; il semblerait donc, à première vue que les différents créanciers nantis du même fonds, doivent venir au marc le franc dans la distribution du prix, si celui ci ne peut suffire à les désintéresser tous intégralement (1).

La règle de l'article 2097 n'est pas applicable aux créanciers qui tiennent leur privilège de la convention.

Pour ceux ci, la priorité doit être accordée à ceux qui les premiers ont accompli les formalités exigées par la loi, pour rendre leur privilège opposable aux tiers ; entre deux créanciers gagistes, en particulier, qui ont obtenu un gage sur le même objet, la préférence appartient à celui qui est mis en possession.

En ce qui concerne le nantissement d'un fonds de commerce, l'inscription remplace la mise en possession, c'est donc le premier créancier qui aura pris inscription qui jouira du droit de priorité. L'inscription est en effet, la seule formalité, qui rende le droit du gagiste, opposable aux tiers, et les différents créanciers sont des tiers à l'égard l'un de l'autre ; l'ordre des inscriptions déterminera donc le rang entre ces divers créanciers.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Priv. et hypoth.*, n° 783, p 580.

Une question délicate se présente quand il s'agit de déterminer quel est le créancier qui a pris la première inscription. Il peut arriver que deux gagistes prennent inscription le même jour au greffe du Tribunal de commerce. Faut-il reconnaître à l'un d'eux un droit de priorité sur l'autre ?

Le droit commun en matière hypothécaire consacre la règle, *prior tempore potior jure*, mais l'article 2147 du code civil dispose que « tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur. »

Nous ne croyons pas, qu'en l'absence d'une disposition expresse, de la loi du 1er mars 1898, cette dérogation au droit commun puisse s'appliquer au nantissement des fonds de commerce.

Le juge devra rechercher avec soin toutes les circonstances et présomptions qui sont de nature à militer en faveur de l'antériorité de l'une ou de l'autre ; l'ordre dans lequel elles se présentent sur le registre tenu au greffe, lui servira particulièrement de précieuse indication ; car il est fort probable que l'inscription qui a été la première requise, se trouve inscrite au premier lieu. Le juge accordera donc la priorité à celui qui aura fait inscrire le premier.

Section IV

Extinction du nantissement.

Nous avons vu dans les sections précédentes, les conditions qui président à la constitution du nantissement et nous avons admis que l'inscription était nécessaire et suffisante. Nous avons considéré sur quels objets portait le privilège créé par le nantissement ; nous en avons étudié les effets. Après avoir passé en revue sa naissance et sa vie, il nous reste à examiner les différentes causes d'extinction qui pourraient survenir.

D'après la définition même qu'en donne l'article 2071, le nantissement nous apparaît comme un contrat accessoire : il n'intervient que pour sûreté d'une dette. Il peut donc se trouver sans effet par suite de l'extinction de l'obligation qu'il garantit.

A l'extinction par voie directe et principale, il convient donc d'ajouter l'extinction par voie de conséquence.

§ 1. — Extinction par voie de conséquence.

Le contrat de nantissement, avons-nous dit, est un contrat accessoire ; il est destiné à assurer le paiement de la créance qu'il garantit. Par application de la règle : *Accessorium sequitur principale,* si la créance est

éteinte, l'extinction du nantissement devra s'ensuivre naturellement.

Ainsi donc le paiement proprement dit, la remise de dette, la dation en paiement, la novation, la confusion, la compensation, la condition résolutoire accomplie, la prescription, le mutuel dissentiment, la nullité, la résolution, la rescision qui éteignent l'obligation principale, éteignent en même temps le nantissement qui la garantissait.

Toutefois pour que l'extinction du nantissement puisse s'opérer par voie de conséquence, il faut que l'obligation principale soit complètement éteinte. L'article 2083, de même que l'article 2114, concernant l'hypothèque, reproduisent à peu près l'ancien adage *Hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte*, que nous traduisons ainsi : L'hypothèque affecte l'immeuble et chacune des parties de l'immeuble à l'acquittement de la dette et de chaque partie de la dette.

L'hypothèque est donc indivisible et l'article 2083 attribue le même caractère au gage.

Toutes ces hypothèses ne sont que l'application pure et simple des règles du droit commun et n'offrent dès lors aucune particularité à étudier.

§ 2. — Extinction par voie principale.

L'extinction du nantissement par voie principale a lieu par la renonciation du créancier gagiste à la sûreté

que lui a conférée le débiteur, par la perte ou la disparition du fonds de commerce, pour le défaut d'inscription en temps utile, par la prescription, par la confusion résultant de la réunion sur la même tête de la qualité de créancier gagiste et de celle de propriétaire du fonds grevé du nantissement.

Nous allons passer en revue chacune de ces causes d'extinction.

1. — Renonciation du créancier gagiste.

En renonçant au nantissement, le créancier gagiste s'expose à perdre la créance qu'il garantit. Il s'enlève dans tous les cas une chance de remboursement ; aussi faut il qu'il ait la capacité de disposer de la créance.

Cette renonciation n'est soumise à aucune forme particulière ; elle peut se manifester d'une façon expresse, elle peut aussi être tacite.

De quels actes pourra t-on induire qu'il y a renonciation tacite ? C'est une question d'appréciation qui est abandonnée à l'examen du juge. Il faut néanmoins qu'il ressorte bien de ces actes que le créancier entend ne pas se prévaloir de la garantie qui lui est conférée.

Et à ce sujet, un cas intéressant peut se présenter.

D'après l'article 2076 du Code civil, la continuité du dessaisissement du débiteur est la condition de l'exercice du privilège ; il ne suffit pas que le créancier gagiste

soit mis en possession, il faut en outre qu'il reste en possession de la chose. S'il remet la chose engagée entre les mains de son débiteur de façon que celui ci puisse en disposer et en faire tradition, il se trouvera déchu de son privilège (1).

La loi du 1er mars 1898 a supprimé la formalité de la mise en possession, du créancier, lorsqu'il s'agit du nantissement d'un fonds de commerce ; il semblerait dès lors qu'aucune renonciation tacite ne peut être invoquée contre lui, comme résultant d'un abandon de possession.

Cependant M. Montier (2) a émis l'opinion que la vente amiable du fonds, consentie par le débiteur, sans protestation immédiate du créancier, qui aurait connu cette vente, emporterait pour lui la perte de son privilège. Depuis la loi nouvelle, la possession est devenue fictive, dit il,et cette vente sans protestation le dessaisit en quelque sorte. Or l'article 2102-2° du Code civil est formel. Le privilège du créancier ne peut s'exercer que sur le gage dont le créancier est saisi.

Les syndics de faillite ont voulu parfois suivre cette théorie ; et voir eux aussi, dans cette vente amiable sans protestation un signe de dessaisissement et en conséquence de perte de privilège. Le tribunal de commerce

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 83, p. 57 Guillouard, *op. cit.*, n° 98. Douai, 26 janvier 1893 (S. 1893. 2. 233). Cass., 9 avril 1894 (C. 1894. I. 409) et note Boistel Dalloz, 1894 1. 409.

(2) Montier, *op. cit.*, n 110, p. 82 et s.

de Rouen n'a pas admis ce principe (1). « Attendu, dit-il, qu'on ne saurait équitablement admettre qu'on puisse se prévaloir du versement effectué aux mains du syndic, ès qualité, par le notaire, du produit de la vente du fonds, pour soutenir que les droits du créancier soient annulés.

« Attendu que le gage a été régulièrement constitué par le fait de la publicité prescrite ; que le privilège suit le gage partout où il se trouve, avant comme après sa réalisation.

« Attendu que c'est en vain que, dans l'espèce on voudrait assimiler la situation du créancier à celle du bailleur qui laisserait disparaître son gage ; qu'il appert qu'aucune prescription de loi ne lui imposait cette formalité, qu'il ne peut être l'objet d'une déchéance qui n'existe dans aucune loi ; il faut donc dire qu'il n'a point perdu son privilège de ce fait... »

La question présentée ainsi par le tribunal est double, ainsi que le fait remarquer M. Wahl (2) :

1° La vente par le syndic de la faillite fait-elle perdre au créancier nanti son privilège ?

2° Le versement provenant de la vente entre les mains du syndic n'a t il pas du moins cet effet ?

(1) Trib. comm. Rouen, 12 juillet 1900. D. 1901. 2. 103. S. 1901, 6e cahier, 2.177 et note de M. Wahl sous ce jugement.

(2) V. note de M. Wahl, sous Rouen, 13 juillet 1900. S. 1901.2.177.

Une doctrine constante (1) admet que les créanciers du débiteur peuvent saisir et faire vendre le fonds ; nous pouvons donc admettre que ce fonds peut faire l'objet d'une vente par le débiteur lui même, et le syndic de la faillite qui est ici aux lieu et place du débiteur jouit aussi du même droit. On a prétendu que cette vente était nulle, parce que le créancier nanti avait la possession fictive du fonds et que lui seul peut en disposer ; on en a déduit que pour qu'elle fût valable il fallait le consentement ou tout au moins la non-opposition du créancier, qui entraîne sa dépossession et par suite la perte de son privilège. Pour nous qui admettons que dans notre hypothèse il n'y a pas de mise en possession, il est évident qu'on ne peut attacher la perte du privilège à une dépossession du créancier. Ce que l'on pourrait dire c'est que le débiteur possédant pour le compte et dans l'intérêt du créancier, la dépossession du débiteur, avec le consentement du créancier met fin au privilège de ce dernier. Par conséquent si le débiteur vend ou transmet à un titre quelconque le fonds de commerce au profit d'un tiers, et que le créancier entende, en s'associant à cette transmission, se dépouiller de son gage, le privilège est perdu. Mais si la vente a lieu sans le consentement du créancier, ou même si ce dernier consent à la vente,

(1) P. Pont, *op. cit.*, t. II, n° 1185 et s. Aubry et Rau, t. IV, p. 711, 434. Guillouard, n° 139 et 189. Suit Laurent, t. XXVIII, 502. Baudry, n° 99.

sans vouloir abdiquer son privilège sur le prix, le prix est soumis à son privilège. » (1)

Une seconde question se pose : le syndic, suivant le droit qui lui appartient, a vendu le fonds de commerce ; de ce fait le créancier nanti qui n'est pas intervenu à la vente n'a pas perdu son privilège ; car si la chose a disparu, le prix reste affecté à son privilège. Tant que le prix reste dû, le privilège subsiste. Mais le syndic a touché le prix d'aliénation ; le versement entre ses mains de la somme provenant de la vente du fonds, ne va t elle pas faire tomber le privilège du créancier gagiste et le rendre inutile ?

Le tribunal de commerce de Rouen (2) par un jugement du 12 juillet 1900, dont nous avons cité plus haut quelques considérants, repousse cette solution. Il se refuse à admettre, que le syndic puisse se prévaloir du fait du versement des deniers provenant de la vente entre ses mains, par le notaire, pour soutenir, que le créancier nanti du fonds de commerce soit dépouillé de ses droits.

C'est cependant en ce sens que se décide la doctrine à propos du privilège du vendeur d'effets mobiliers (3).

Et nous devons admettre que dans l'hypothèse du privilège d'un créancier nanti, le prix qui n'est plus dû,

(1) Wahl sous Rouen, 13 juillet 1900, précité.

(2) Trib. comm. Rouen, 13 juillet 1900 (D 1901.2.110).

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 153, § 201, note 62. Baudry et de Loynes, t. I, p. 389, n° 496.

et qui, versé aux mains du syndic, est tombé dans la masse de la faillite, devient le gage commun de tous les créanciers et est soustrait au privilège du créancier gagiste.

Cette solution est commandée par le principe que les privilèges sont de droit étroit ; il eût fallu une disposition expresse de la loi pour apporter une telle dérogation au principe que le prix tombé dans la masse de la faillite, reste affecté par préférence au paiement de l'un des créanciers.

2. — Perte du fonds de commerce.

Il nous est impossible de prévoir toutes les causes qui peuvent amener la disparition d'un fonds de commerce. Il est par sa nature même sujet à dépérissement. Une mauvaisse gestion, la survenance d'un produit similaire à celui qui attire la clientèle,plus perfectionné ou moins cher, le percement d'une voie nouvelle qui attire ailleurs l'affluence de la foule et bien d'autres raisons économiques peuvent ruiner un fonds et lui enlever toute valeur. Qu'on le mette en vente, aucun acquéreur ne se présentera ; et le créancier nanti ne retirera aucun avantage du nantissement qui lui a été consenti. Celui-ci au contraire disparaîtra avec l'objet sur lequel il porte.

Au lieu de la perte totale du fonds survenue par les

causes que nous venons de citer, il peut se faire qu'un incendie détruise les éléments corporels qui composent le fonds et en entraîne la disparition partielle. Le privilège du créancier gagiste s'étendra t il aux indemnités que les assureurs peuvent être tenus de payer ? Nous supposons bien entendu que les indemnités d'assurance n'ont pas fait l'objet d'une cession éventuelle en faveur du créancier. L'article 2 de la loi du 19 février 1889 nous porte à admettre que dans tous les cas l'indemnité se trouve substituée à l'objet corporel qui a disparu.

« Les indemnités dues par suite d'assurances, dit-il, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. » Le créancier gagiste, qui est un créancier privilégié viendra donc à son rang dans l'indemnité payée par l'assurance.

3. — Défaut d'inscription en temps utile.

Le but de l'inscription a été de porter les nantissements à la connaissance des tiers et par suite de leur donner effet à l'égard de ces tiers. Le résultat qu'obtient un créancier par le nantissement est de se créer une situation privilégiée et de primer les autres créanciers. Si par le défaut d'inscription en temps utile, la garantie qu'il a obtenue est inefficace, le résultat sera

le même que si le nantissement était éteint : car il n'y a pas de différence au point de vue du gage entre n'être pas et être sans effet.

Nous pouvons supposer qu'un débiteur a aliéné la propriété du fonds donné en gage avant que le créancier gagiste ait pris son inscription au greffe; il ne sera pas fondé à se prévaloir de son droit privilégié à l'encontre du tiers acquéreur et il ne peut plus requérir l'inscription.

Le débiteur peut aussi donner son fonds en gage à d'autres créanciers qui ont requis l'inscription au greffe, avant que le premier créancier, à qui le fonds a été constitué en nantissement, se soit mis en règle avec les exigences de la loi.

En vertu du principe que le rang des privilèges entre les créanciers gagistes est fixé par la date de l'inscription, le premier créancier nanti qui a négligé de prendre inscription ne pourra pas opposer son droit à ses concurrents plus diligents.

La faillite déclarée et la liquidation judiciaire mettent également obstacle à la prise de toute inscription et le créancier gagiste ne peut opposer son droit à l'encontre de la masse de la faillite.

4. — De la Prescription.

Deux hypothèses sont à prévoir, suivant que le fonds grevé du nantissement est entre les mains du débiteur

ou suivant qu'il se trouve entre les mains d'un tiers détenteur.

Se trouve-t il entre les mains du débiteur, la prescription n'éteindra le nantissement que si elle éteint en même temps l'obligation principale, c'est-à dire la créance dont il n'est qu'un accessoire. Nous retombons donc dans l'application du principe que le nantissement peut s'éteindre par voie de conséquence.

S'agit il au contraire d'un fonds remis entre les mains d'un tiers détenteur, il y a deux prescriptions à considérer, bien distinctes et complètement indépendantes, et l'on peut parfaitement supposer que la créance existe encore, bien que le nantissement soit prescrit. Le créancier peut en effet interrompre la prescription extinctive de la créance vis à vis du débiteur et omettre d'exercer en même temps l'action réelle contre le tiers détenteur. Les causes de suspension peuvent exercer aussi une influence différente sur le délai de la prescription de la créance et du nantissement et amener l'extinction de celui ci tout en laissant subsister celle là.

On peut se demander quelle est la nature de la prescription qui s'attaque au nantissement et qui laisse subsister la créance. Est-ce une prescription extinctive, est ce une prescription acquisitive ? La doctrine s'accorde généralement à reconnaître que la prescription qui s'attaque au privilège ou à l'hypothèque qui garantit une créance constitue une prescription acquisi-

tive (1), et nous estimons que la même solution doit être admise en ce qui concerne le nantissement.

5. — Confusion résultant de la réunion sur la même tête de la qualité de créancier gagiste et de celle de propriétaire du fonds de commerce constitué en nantissement.

La confusion constitue plutôt une impossibilité d'exécution qu'une véritable extinction. Elle paralyse le droit du créancier gagiste beaucoup plus qu'elle ne l'éteint. Elle met le créancier dans l'impossibilité d'exercer ses droits de créancier gagiste, puisqu'il devrait les exercer contre lui-même.

Si donc un conflit intervient entre lui et d'autres créanciers inscrits, s'il y a intérêt pour lui à invoquer son droit de nantissement, il pourra s'en prévaloir et repousser les prétentions de ses adversaires pourvu que son rang d'inscription lui donne priorité sur eux dans la distribution du prix du fonds.

(1) Baudry et de Loynes. *Nantissement*, t. III, n° 2274. Aubry et Rau, t. II, § 210, p. 475, note 4. Laurent, t. XXXI, n° 389. Paul Pont, t. II, n° 1248.

APPENDICE

§ 1. — De la radiation des inscriptions.

L'une des causes que nous venons de mentionner a produit l'extinction du nantissement : la radiation devrait en être la conséquence nécessaire.

Un commerçant, par exemple, a emprunté en donnant son fonds de commerce en nantissement.

Au bout d'un certain temps, il rembourse son prêteur : son fonds doit se trouver libéré de la charge qui le grève. La radiation de l'inscription qui portait cette charge à la connaissance des tiers, offre un moyen facile d'arriver à ce résultat.

Et pourtant les auteurs et les rapporteurs de la loi du 1er mars 1898, n'ont nullement songé à en établir les règles. Les dispositions relatives à cette radiation sont restées dans un complet oubli. Les greffiers, se basant sur ce que la loi ne leur impose pas cette formalité, refusent de mentionner la mainlevée sur leurs registres. Ne pourra-t-on pas les contraindre à opérer la radiation, qui permettra au débiteur, après avoir désintéressé un premier créancier, de trouver dans son fonds un nouvel instrument de crédit?

Au titre des privilèges et hypothèques, la loi a prévu deux espèces de radiation : la radiation volontaire consentie par le créancier et la radiation forcée ordonnée par la justice. Le débiteur, pourra-t-il se baser sur l'un et l'autre moyen, pour recouvrer la liberté de son bien ? Ou bien se verra-t-il contraint de conserver un fonds sans aucune valeur de crédit, grevé qu'il est à perpétuité d'une inscription de nantissement ?

La question a soulevé quelques controverses dans la doctrine et la jurisprudence.

M. Montier (1) se basant sur les dispositions de l'article 5 du projet de loi déposé le 21 février 1899, estime que la radiation pourra s'effectuer des deux manières ; il exige même, sans en donner de motifs, le consentement des deux parties.

M. Lesur (2) fait une distinction. Il ne croit pas à la possibilité de la radiation volontaire, puisque la loi du 1er mars 1898 n'a pas imposé au greffier cette obligation. Il estime qu'il ne peut être question que d'une radiation ordonnée par le juge. Il préfère cette solution à l'impossibilité absolue, afin d'améliorer le crédit du commerçant et il se base sur le but de la loi qui a été de développer ce crédit et non de le restreindre. Il reconnaît cependant que son système présente des inconvénients : il est lent et coûteux.

(1) Montier, *op. cit.*, p. 60, n° 82.

(2) Lesur, *op. cit.*, p. 249.

Le tribunal civil de Nancy (1) a admis cette théorie. Il appuie son jugement sur le motif juridique suivant : « Aucune considération d'ordre public ne s'oppose à ce que la mainlevée soit ordonnée par le tribunal ; d'une part, la responsabilité éventuelle du greffier se trouvera couverte par une décision judiciaire ; d'autre part, on ne voit pas de raison pour ne point autoriser la partie intéressée à faire mentionner en marge la mainlevée... »

En conséquence il ordonna la radiation. Mais la Cour de Nancy par un arrêt du 26 octobre 1901 (2) réforma ce jugement et se refusa à admettre la radiation en vertu d'un jugement aussi bien que la radiation volontaire, parce que, dit-elle, l'article 548 du Code de procédure sur laquelle se base l'appréciation du tribunal civil « ne s'occupe que des jugements qui ont prononcé des mainlevées, alors qu'il y avait eu contestation à leur sujet. »

Nous préférons nous rallier au système du tribunal de Nancy, sans nous laisser arrêter par cette raison qu'une obligation ne peut être imposée à un greffier « en l'absence de tout émolument » puisque « la responsabilité éventue'le du greffier se trouvera couverte par une décision judiciaire. »

Mais comment s'opèrera cette radiation ? La loi n'en

(1) Trib. de Nancy, 28 mai 1901 (*Gaz. Pal.*, 25 juin 1901).

(2) Cour de Nancy, 26 octobre 1901. S. 1902.2.121.

a pas organisé le mode. On peut cependant concevoir deux manières de l'opérer. Ou bien on portera la déclaration de désistement sur un registre spécial tenu à cet effet. Ou bien par analogie du procédé employé en matière hypothécaire, elle consistera dans une mention portée sur le registre des inscriptions en marge de l'inscription du nantissement.

C'est à ce second procédé que se rallient la plupart des auteurs (1) et tel paraît être aussi l'avis de la Cour de Paris (8e chambre) (2) qui dans un autre ordre d'idées a ordonné mention de son arrêt en marge de l'acte d'inscription faite au greffe du tribunal de commerce.

§ 2. — Réduction des inscriptions.

Pas plus que la radiation, la réduction n'a fait l'objet des dispositions de la loi du 1er mars 1898. Et cependant les mêmes motifs existent pour en opérer la réglementation.

L'article 2163 du Code civil permet au débiteur de s'adresser au tribunal, pour faire réduire l'inscription hypothécaire dans laquelle le chiffre de la créance

(1) Montier, *op. cit.*, p. 61, n. 82. Lesur, *op. cit.*, p. 251, n 182. Barbier, *op. cit.*, p. 44. Ruffelet, *op. cit*, p. 165. *Bulletin de la Société d'études législatives.* Rapp. Percerou, n° 3, p. 248.

(2) Cour de Paris (8e ch.), 29 janvier 1902 (*Gaz. Pal.*, 11 fév. 1902).

indéterminée, pour laquelle inscription a été prise, a été exagéré et se trouve excessif. De même que pour la radiation de l'inscription du nantissement, le débiteur pourra s'adresser à la justice, et demander la réduction d'une inscription qui, prise dans les mêmes conditions que l'inscription hypothécaire, pourrait diminuer d'une façon notable la valeur de crédit du fonds sur lequel porte l'inscription du nantissement.

CONCLUSIONS

APPRÉCIATION DE LA LOI DU 1er MARS 1898, ET MODIFICATIONS QU'IL CONVIENDRAIT D'Y APPORTER.

Peu de lois ont soulevé dès leur début d'aussi nombreuses controverses et d'aussi vives protestations que la loi du 1er mars 1898.

La seule idée certaine qui se dégage de cette loi, est celle-ci : le nantissement des fonds de commerce, contestable sous l'empire de la législation antérieure, est aujourd'hui formellement autorisé. Ce principe même de la loi de 1898, c'est à-dire la possibilité de donner un fonds de commerce en gage sans déplacement de possession, fait l'objet de vives controverses.

Sans exiger qu'on abroge la loi purement et simplement et qu'on prohibe radicalement les nantissements de fonds de commerce, M. Montier (1) semble laisser entendre que leur généralisation n'est pas à souhaiter, car dit-il : « en l'état actuel cette loi ne constitue pas un progrès, parce que les avantages qu'elle procure, sont loin de compenser les inconvénients qu'elle entraîne. »

(1) Montier, *op. cit*, p. 114, n° 152.

La plupart des corps constitués, qui représentent les intérêts du commerce, chambres et tribunaux de commerce, sont d'accord pour en demander la suppression, ou du moins ils ne l'acceptent que subsidiairement, à la condition d'en exclure les marchandises et moyennant une très large publicité (1).

Nous ne saurions envisager la nécessité d'abroger la loi de 1898 ; ce serait à notre avis un recul en législation et nous pensons que le législateur a fait œuvre utile en favorisant la pratique du nantissement des fonds de commerce.

Un fonds constitue un élément de la richesse publique ; il doit remplir dans le patrimoine d'un commerçant une double utilité comme valeur de circulation et comme moyen de crédit. A ce second point de vue, il faut que dans un moment de gène, le commerçant puisse compter sur cet élément peut-être unique de sa fortune, pour se sauver de la ruine au moyen d'un emprunt ou d'une ouverture de crédit, et la dation de son fonds en nantissement lui fournit un procédé facile pour soutenir son crédit ébranlé.

C'est cet avantage que procure la loi nouvelle : « En comblant la lacune du Code... elle fait du fonds de commerce, en tout temps, un moyen de crédit pour le commerçant, un moyen de salut peut être aux heures

(1) M. Percerou. *Bulletin de la Société d'études législatives*, n° 4, p. 271.

de crise, tout en édictant pour sa constitution à titre de gage, des règles de publicité conservatrices des droits des tiers, règles appropriées à la nature du contrat et aux nécessités des affaires. » (1)

Ce sont précisément ces règles de publicité qui ont soulevé le plus d'objections.

Le créancier a besoin d'être assuré de la garantie qui lui est accordée par une mesure qui la rende opposable à tous : cette mesure est la publicité par voie d'inscription au greffe du tribunal de commerce. Cette publicité est insuffisante pour renseigner les tiers. Dans la pratique des affaires, où la célérité est la condition souvent indispensable d'un marché on n'a pas le temps d'aller consulter le registre tenu au greffe, les nantissements restent inconnus ; la sécurité des affaires commerciales en souffre. Par suite de cette publicité insuffisante, le public est trompé, et lorsque survient la faillite, le créancier nanti absorbe tout l'actif et il ne reste rien pour payer les tiers, qui ignorants de l'existence du gage, ont fait des avances au débiteur. Si l'on veut éviter ces fraudes, il faut donner au nantissement une publicité suffisante pour prévenir tous les intéressés.

Mais une telle publicité va nuire au crédit du débiteur : « Décréter la publicité du nantissement, dit M. Pignolet (2), c'est en réalité décréter sa suppres-

(1) Schaffhauser, *Les lois nouvelles*, 1898, p. 166.

(2) A. Pignolet, *Revue du Notariat*. Année 1896, n° 9584, p. 409.

sion... Le commerçant qui aura recours à un tel moyen pour se procurer des subsides, verra tout crédit se fermer devant lui ; c'est la ruine à brève échéance. En sorte que, dans la pratique, le nantissement disparaîtra le jour où la loi aura voulu en assurer le fonctionnement. Ce n'est pas, comme on le prétend à tort, parce qu'on considère le nantissement comme frauduleux, mais simplement parce qu'il révèlera une situation embarrassée. »

Si l'ancienne conception, qui voyait dans la dation en nantissement des fonds de commerce, un indice certain de la ruine prochaine d'un commerçant, était encore exacte aujourd'hui, cette critique serait justifiée ; mais la notion de crédit a changé avec les exigences nouvelles de la production, elle est devenue la base même du commerce, et les nouveaux procédés de la fabrication en font souvent la condition première de la réussite d'une affaire.

Nous préférons dire avec MM. Magnier et Pruvost (1) que « beaucoup trouveront dans un honnête contrat de nantissement le moyen de se procurer les fonds nécessaires pour l'acquisition d'un fonds de commerce. La publicité de leur situation portera les tiers à la prudence ; mais le désir de faire des affaires, ne portera pas moins ces derniers à se risquer. Ils le feront sans aucun doute, mais ils le feront à bon escient et n'au-

(1) Magnier et Pruvost, *op. cit.*, n° 34, p. 69.

ront plus le droit, s'ils n'ont point réussi, de se plaindre du privilège du créancier nanti. »

La réalité des faits a d'ailleurs donné raison à ces derniers ; la statistique nous montre le développement sans cesse croissant des nantissements de fonds de commerce (1).

Nous ne voyons pas pour quel motif on refuserait au petit commerçant, qui n'a généralement pas d'immeubles, le droit de se servir de son fonds comme d'un instrument de crédit, alors que rien n'empêche l'industriel, propriétaire d'une usine, de consentir une hypothèque sur cette usine. La publicité de ces nantissements n'est pas plus grave que celle des hypothèques.

Quoi qu'il en soit, la plupart des organes corporatifs qui représentent en France les intérêts du commerce, comme aussi les hommes placés le plus près de la pratique des affaires, ont donné une appréciation sévère de la loi nouvelle et l'ont généralement considérée comme plus néfaste qu'utile.

Les uns demandent l'abrogation pure et simple de la loi de 1898, ou à défaut de mieux ils expriment le

(1) Du 1er janvier au 31 décembre 1899, il y a eu au greffe du tribunal de commerce de la Seine, 1089 déclarations de dation en nantissement de fonds de commerce. Du 1er janvier au 31 décembre 1900, il y en a eu 1262, soit une augmentation de 173. Pendant l'année 1901, on a fait au même greffe 1492 déclarations, soit un accroissement annuel de 230 ; et en 1902 ils ont atteint 1605 soit un excédent de 113 (Percerou, rapport tiré du *Bulletin de la Société d'études législatives*, n° 3, p. 228).

vœu que les marchandises et créances soient toujours exceptées du nantissement des fonds de commerce et qu'une large publicité soit donnée aux actes de nantissement notamment par la voie de la presse (1). D'autres se contentent de la revision sans réclamer l'abolition de cette loi (2).

M. Girard (3), par exemple, estime que ce nantissement sans dessaisissement doit être restreint aux seuls éléments incorporels, savoir l'achalandage, la clientèle et le droit au bail. « Quant aux marchandises et au matériel ils demeureraient soumis à la loi commune, et leur dation en gage ne pourrait être régulière qu'autant qu'elle serait accompagnée de leur tradition matérielle entre les mains du créancier gagiste. Cette tradition matérielle, devant être effectuée, en fait, sans

(1) Chambre de commerce de Dijon, séance du 1er mai 1899, de Chalon-sur-Saône, du 1er août 1899. Chambres de commerce de Beauvais et de l'Oise, séances du 13 mai 1899 et du 17 avril 1901. Assemblée des présidents de chambres de commerce de France pour 1901 : Rapport de M. Fumouze, président de la Chambre de commerce de Paris. M. le président Lignon, discours à l'audience d'installation des nouveaux juges du tribunal de commerce de Lyon (*Gaz. Jud. et comm de Lyon*, 17 janvier 1901. Rapport de M. Vindry, à la Chambre de commerce de Lyon (*Gaz. Jud* , Lyon, 1901, p. 5).

(2) Rapport de M. Girard, président du tribunal de commerce de Toulouse à la Conférence des présidents de tribunaux de commerce de France en 1899. Chambre de commerce d'Annonay, séance du 23 avril 1901 Chambre de commerce de Boulogne-sur-Mer, séance du 10 mai 1901.

(3) Rapport de M. Girard, précité.

pouvoir jamais être remplacée par une autre formalité. »

« Dès lors, tant qu'ils resteraient en la possession du commerçant, les créanciers dont la bonne foi ne pourrait plus ainsi être surprise, seraient assurés qu'ils continuent à constituer leur gage commun. »

Ces critiques ont eu leur répercussion dans la résistance de certaines juridictions consulaires au lendemain de la loi. Celle ci n'a pas atteint le but qu'elle se proposait et qui était de faire disparaître toutes les anciennes controverses jurisprudentielles.

Ce sont d'abord les conditions à remplir pour assurer la régularité du nantissement qui restent incertaines.

Tandis que les Cours d'appel, en général, semblent vouloir se fixer dans le sens d'une formalité unique : l'inscription au greffe, (1) les tribunaux consulaires manifestent leur hostilité contre l'idée de gage sans dessaisissement appliquée aux fonds de commerce, (2) et

(1) Trib. civ., Rouen, 25 juillet 1899. *Gaz. Pal.*, 4 octobre 1899) ; Cour de Poitiers, 1er juillet 1901 (*Gaz. Pal.*, 28 août 1901) ; Cour de Dijon, 26 novembre 1901 (*Gaz. Pal.*, 28 décembre 1901) ; Cour de Paris, 29 janv. 1902 (*Gaz. Pal.*, 11 février 1902) ; Cour de Bordeaux, 24 fév. 1902 et de Nancy, 21 mai 1902 (*Gaz. Pal* , 16 juillet 1902) ; Cour de Rouen, 9 décemb. 1902 (*Gaz. Pal.*, 17 janvier 1903). *Contra*. Cour d'appel de Paris, 1er août 1900 (*Gaz Pal.*, 26 octobre 1900 2.480 et 23 mars 1900 (*Gaz. Pal.*, du 27 novembre 1900).

(2) Trib. comm. Seine, 5 novembre 1898 (*Gaz. Pal.*, 1898.2.622). Trib. comm. Seine, 29 mars 1900 (*Gaz. Pal.*, 6-8 juin 1900). Trib. comm. de Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900 (*Gaz. Pal.*, 1901.1.29),

le tribunal de commerce de la Seine, en particulier, exige outre l'inscription, la remise des titres et la signification au bailleur.

Il est un autre point sur lequel les décisions sont en désaccord et au sujet duquel se retrouve la même incertitude dans l'application de la loi de 1898, c'est la question de savoir si les marchandises font ou non partie du fonds de commerce. La jurisprudence des Cours d'appel semble se fixer nettement dans le sens de l'opinion qui fait rentrer dans le nantissement les marchandises incorporées au fonds (1). Mais les tribunaux consulaires estiment que le gage ne saurait exister au regard des tiers, sans la dépossession matérielle et effective du débiteur (2), et ils opposent une résistance constante.

Sur d'autres points, la loi de 1898 est restée absolument muette, elle n'a établi aucune disposition relative à l'organisation de l'inscription des nantissements. Et pourtant il était facile de prévoir que cette question soulèverait de nombreux problèmes. La loi aurait dû

(1) Cour de Grenoble, 14 novembre 1900. D. 1901.2.471 ; Cour de Rouen, 11 décembre 1901 (*Gaz. Pal* , 5 avril 1902) ; Cour de Rennes, 26 décembre 1901 (*Gaz. Pal.*, 1902.1.14) ; Cour de Paris, 29 janvier 1902 (*Gaz. Pal.*, 1902.2.26) ; Cour de Bordeaux, 24 février 1902 (*Gaz. Pal* , 16 juillet 1902); Cour de Rouen, 9 décembre 1902 (*Gaz. Pal.*, 17 janvier 1903).

(2) Trib. comm du Havre, 30 mai 1899 (*Gaz. Pal.*, 1899.2.360). Trib. comm. d'Angers, 7 novembre 1900 (D. 1900.2.97) ; Trib. comm. de Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1 00 (*Gaz. Pal.*, 29 janvier 1901).

s'en occuper ; elle aurait ainsi empêché bien des incertitudes et évité bien des procès.

Nous avons vu, en étudiant la loi de 1898, ces difficultés au sujet desquelles le législateur doit se hâter d'intervenir.

Le rôle de celui-ci consiste à réparer les omissions et les lacunes de la loi, afin de mettre un terme à de nouvelles controverses et d'éviter le discrédit que celles-ci finiraient par jeter fatalement sur l'institution très utile du nantissement des fonds de commerce.

De très vives réclamations furent soulevées contre les défauts de la loi ; afin d'y satisfaire M. Lebret, garde des sceaux, déposa, le 25 février 1899, devant la Chambre des députés, un projet de loi ayant pour but de compléter la loi de 1898 et organisant un régime de publicité par inscription sur le registre du greffe, analogue à celui qui existe en matière hypothécaire. Nous allons examiner comment ce projet prétend porter remède aux lacunes de la loi.

L'idée générale qui se dégage de l'exposé des motifs du projet du gouvernement, est qu'il se préoccupe uniquement de la forme même de l'inscription, considérée comme nécessaire mais suffisante pour assurer la pleine validité des nantissements des fonds de commerce.

« Il existait dans notre législation, y lit on, une lacune très préjudiciable au crédit des commerçants. La loi du 1er Mars est venue la combler, en organisant

dans cette matière une publicité spéciale ; désormais, tout nantissement d'un fonds de commerce doit, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public, tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

« Pour que cette publicité produise un effet utile, il faut aujourd'hui l'organiser. Il convient de régler le mode d'inscription du nantissement, la péremption, la radiation ou la réduction de l'inscription. »

Mais la question primordiale, celle de la nature juridique des fonds de commerce n'y a pas trouvé place. Il présente encore une autre grave lacune, il omet de dire si les marchandises sont ou non comprises dans le nantissement. Cette question était pourtant vivement controversée et il eût été utile que le projet s'expliquât d'une façon formelle sur ce point ; si l'on s'en tient en effet à l'opinion qui exclut les marchandises du nantissement, il faut en déduire que le propriétaire d'un fonds, qui veut les donner en gage, est obligé d'en remettre la possession à son créancier ou à un tiers convenu.

Aussi, en présence de cette lacune, le projet de réforme n'a pas été accueilli avec plus de faveur que la loi elle-même, car c'est surtout contre le principe du nantissement global d'un fonds de commerce sans dépossession matérielle du débiteur que protestent les chambres et les tribunaux de commerce.

Le projet de réforme présente néanmoins des avantages incontestables ; il tranche une difficulté qui don-

nait lieu antérieurement à de nombreuses controverses ; il établit une règle autrefois contestée et qui semble devoir maintenant être tenue pour certaine : l'inscription est nécessaire, mais elle suffit (art. 1).

Dans les dispositions qui suivent, le projet s'inspire d'une façon manifeste des règles qui régissent les hypothèques, pour organiser la publicité de ce nantissement (art. 2 à 9).

Mais il faut remarquer dans le projet l'absence de toute disposition relative à une réduction de l'inscription, et pourtant on peut concevoir l'utilité que présenterait cette réduction quant à la créance garantie par l'inscription. Dans le cas où le nantissement a été consenti pour sûreté d'une dette dont le montant a besoin d'être fixé par une évaluation — telle qu'une créance conditionnelle, éventuelle ou indéterminée — il importe que le débiteur ait le moyen de faire réduire une évaluation qui serait excessive.

Un autre reproche peut encore être adressé au projet de loi du gouvernement. En étudiant la loi du 1er mars 1898 nous avons soulevé la question de savoir jusqu'à quelle époque les inscriptions de nantissement peuvent être prises, ou en d'autres termes quels événements en arrêtent le cours.

L'exposé des motifs du projet de réforme dispose que « les règles générales du droit civil et du droit commercial s'appliquent à l'inscription du nantissement des fonds de commerce, sans qu'il soit besoin

d'introduire dans le projet une disposition spéciale à cet effet. » Il eût été utile cependant de formuler nettement ces règles, d'autant plus que leur application aux nantissements est loin d'être évidente, comme nous pensons l'avoir démontré au cours de cette étude, et que, si la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce admet, comme principe, la règle « que les causes qui arrêtent le cours des inscriptions hypothécaires font aussi obstacle à l'inscription des nantissements », elle entend y apporter une exception en ce qui concerne l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur.

Il existe enfin un autre point que le projet a également passé sous silence. Les créanciers gagistes tiennent leurs droits de la convention, et ne peuvent en être privés malgré eux ; chacun conserve le droit d'évincer l'acheteur. C'est là une menace sérieuse contre laquelle il serait utile de prémunir les acquéreurs de fonds de commerce. Il eût été heureux, en conséquence, que le projet songeât à organiser, comme en matière d'hypothèque immobilière, une procédure de purge.

En présence de cette hostilité contre le projet de réforme et s'inspirant des vœux du commerce, M. Authier a déposé le 17 juin 1902, une nouvelle proposition de loi sur le nantissement des fonds de commerce.

Partant de cette idée qu'il faut aux transactions com-

merciales une élasticité, une rapidité qui ne peut s'accommoder des formalités de la loi de 1898 et que « vouloir qu'avant de conclure un marché, un commerçant s'en aille au greffe s'assurer de la solvabilité de son client, c'est mal connaître la pratique des affaires, c'est demander l'impossible », M. Authier demande l'abrogation de la loi du 1er mars 1898 (1).

Sans vouloir prohiber la pratique du nantissement du fonds de commerce, il introduit une distinction entre les éléments incorporels (achalandage, droit au bail, etc.) et les éléments corporels (les marchandises et le matériel d'exploitation).

Les éléments incorporels pourront être constitués en nantissement au moyen d'une inscription prise au greffe du tribunal de commerce; les éléments corporels demeureront soumis à l'article 2076 du Code civil, c'est-à-dire à une mise en gage consistant dans la dépossession effective du débiteur. La publicité consistera dans une inscription rendue publique par voie d'affiche à la porte du tribunal de commerce, tant que durera le nantissement.

Cette proposition de loi laisse en jeu le même problème juridique, elle en restreint seulement la portée aux éléments incorporels. Elle ne définit pas les effets du nantissement, elle n'en règle pas l'étendue, elle ne détermine pas quelle influence la faillite du débiteur peut exercer sur la validité du nantissement.

Pénétrée des réformes législatives que la situation de

la question comporte, une Commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce, s'est efforcée d'apporter une solution aux difficultés nombreuses que la loi du 1er mars 1898 et les projets qui suivirent n'avaient pas fait disparaître. Soucieuse des intérêts de la pratique, elle a entendu un certain nombre de représentants du commerce parisien, qui sont venus lui prêter le concours de leur expérience.

La première question qui se posait était de savoir si le nantissement, conférant au créancier gagiste la faculté de se payer par préférence sur la représentation du prix du fonds, devait, ou non, être repoussé. Les membres de la Commission ont, en général, admis la possibilité d'un tel nantissement. Cette institution nous paraît être très utile ; elle fait du fonds de commerce un moyen de crédit pour le commerçant, un moyen de salut peut être aux heures de crise. Le fonds de commerce représente parfois une valeur considérable, et de nos jours où les applications du crédit se sont multipliées et où on leur cherche constamment de nouvelles bases, nous ne voyons pas pour quelles raisons un commerçant ne pourrait pas se servir de son fonds pour se procurer du crédit.

Mais aussitôt ce point admis il s'agit de déterminer sur quels objets doit porter le nantissement, et de dire notamment si les marchandises doivent y être comprises.

L'indication de la composition du fonds nous paraît nécessaire pour éviter les difficutés et les controverses. Nous avons vu qu'à ce sujet la loi de 1898 n'y avait pas mis fin ; nous avons constaté que le projet de M. Lébret avait omis de trancher la question et que pour ce motif les corps organisés du commerce se refusaient à l'accepter. M. Authier dans sa proposition de loi faissait une distinction entre les éléments corporels et les éléments incorporels, et la Commission de préparation du nouveau projet suit le même principe..

Elle exclut d'abord du nantissement les créances actives et passives et n'y fait pas rentrer les immeubles. Puis tandis qu'elle reconnaît sans difficulté que le gage comprend de plein droit, sans même qu'il soit besoin pour cela d'une clause expresse : l'achalandage, la clientèle, le droit au bail, l'enseigne, le nom commercial et les marques de commerce ou de fabrique, tandis que parmi les éléments corporels, elle admet que le matériel fait partie intégrante du fonds de commerce, pour les marchandises au contraire, après bien des hésitations et des divergences de vue très accentuées, elle s'arrête à l'opinion qui les exclut, dans tous les cas, du nantissement.

Que faut-il penser de cette décision ? On a dit que si l'on voulait faire du nantissement des fonds de commerce une institution réellement pratique, il fallait que les parties puissent y comprendre les marchan-

dises, parce qu'en fait, dans certaines branches de négoce les marchandises forment l'élément principal du fonds. Du reste les marchandises sont nécessaires à l'exploitation et l'on constate que la vente en bloc du tout donnera une vente supérieure à la vente des éléments séparés.

Mais comment éviter les fraudes, comment protéger les petits créanciers qui traitent avec le créancier? Qui pourra empêcher un commerçant malhonnête d'acheter des quantités considérables de marchandises, puis de constituer un nantissement à un individu complaisant avec lequel il partagera le produit de l'actif, quand la faillite sera survenue. C'est pour ces motifs et pour ne pas créer un privilège conventionnel général qui dépouillerait entièrement les créanciers chirographaires, que les représentants du commerce parisien, consultés, ont conclu que tout au moins les marchandises devaient être exclues du nantissement. La Commission, dans le but de conserver, en matière de commerce, le plus possible l'égalité entre les créanciers, adopte cette opinion.

Cherchant ensuite les conditions à remplir pour rendre le nantissement valable à l'égard des tiers, la Commission est d'avis que la loi doit exiger un acte écrit pour tous les nantissements de fonds de commerce, quelle que soit leur nature civile ou commerciale. C'était d'ailleurs la règle admise dans le projet de loi de M. Lébret (art. 2); en comparant ce titre avec les

deux bordereaux qui doivent y être joints pour opérer l'inscription, le greffier acquiert la faculté de s'assurer de la sincérité des mentions portées dans ces derniers.

Mais suffira-t-il d'inscrire l'écrit rédigé et enregistré au greffe pour rendre le nantissement du fonds de commerce parfait au regard des tiers ? Nous avons déjà vu que la question était discutée, de savoir s'il n'y avait pas lieu d'y ajouter d'autres formalités et en particulier la remise au créancier du titre d'acquisition du fonds et de l'acte de bail, ainsi que la signification au bailleur du contrat de nantissement ? Nous avions nié la nécessité de ces deux formalités; la Commission nous donne raison.

Elle n'exige comme unique moyen de publicité, que l'inscription sur un registre *ad hoc*, sans qu'il soit besoin de recourir à la publication dans les *Petites Affiches* demandée par M. Regnaud-Desroziers (1) ou dans les journaux désignés à cet effet. Elle établit qu'il ne doit y avoir qu'un registre d'inscription, tenu au greffe du tribunal de commerce.

Enfin elle emprunte pour la prise de l'inscription les dispositions du régime hypothécaire ; en conséquence le nantissement doit être inscrit sur production de l'original enregistré du titre constitutif du gage auquel

(1) Regnaud Desroziers, président de la Chambre syndicale des grains. *Bulletin de la Société d'études législatives*. Réunion du 27 mars 1903 ' n° 4, p. 280.

seront adjoints deux bordereaux contenant la désignation exacte du fonds, la consistance des éléments compris dans le gage, le nom du débiteur, du créancier et le montant de la créance.

L'indication du montant de la créance sur les registres du greffe évitera de graves inconvénients pour le débiteur. Le défaut de cette mention peut avoir une conséquence désastreuse pour son crédit. En effet, si, après avoir constaté l'existence d'une inscription, les tiers qui sont appelés à traiter avec lui, ne parviennent pas à savoir quelle somme elle est appelée à garantir, ils peuvent croire que le fonds a été donné en nantissement pour son intégralité, et, par prudence, ils s'abstiennent.

Voici donc deux points bien établis : le nantissement des fonds de commerce est admis en principe ; il produit ses effets à l'égard des tiers au moyen d'une formalité unique : l'inscription prise au greffe du tribunal de commerce, sur production de certaines pièces.

Nous disons que le nantissement régulièrement constitué produit ses effets à l'égard des tiers, il faut examiner vis à vis de quelles personnes il sera efficace. Dans le cours de cette étude de la loi de 1898, nous avons admis que le créancier gagiste pouvait se trouver en conflit avec des créanciers chirographaires et des créanciers ayant quelque droit spécial, la Commission s'est occupée d'examiner et de déterminer la situation du gagiste vis-à-vis de ces créanciers.

Elle suppose d'abord que des créanciers chirographaires du débiteur possèdent un titre ayant date certaine, antérieur à l'inscription et elle se demande si le privilège du gagiste prévaudra contre le droit de ces créanciers. Après avoir repoussé la création en quelque sorte d'une purge préalable, et se basant sur cette idée que les marchandises, exclues du nantissement, restent le gage de la masse chirographaire, la Commission décide que le créancier nanti primera de plein droit les créanciers chirographaires antérieurs. Toutefois, afin de déjouer les fraudes qui pourraient se produire, elle dispose que le créancier nanti doit, sous peine de déchéance, requérir inscription au greffe dans un délai de quinzaine à partir de l'acte constitutif du nantissement. Il se peut, en effet, que le débiteur consente un nantissement à un créancier et que celui-ci diffère de le faire inscrire, cependant que les tiers, trompés par l'apparente garantie que leur offre leur débiteur, continuent à traiter en toute confiance avec lui et subissent de ce fait un préjudice.

Ce délai de quinzaine exigé enlève tout intérêt à la question autrefois controversée de savoir si l'article 448 alinéa 2 trouve son application en notre matière. Néanmoins la Commission pose en principe que « les causes qui arrêtent le cours des inscriptions hypothécaires, doivent s'étendre à l'inscription des nantissements. » C'est l'opinion que nous avons admise au sujet de l'effet du jugement déclaratif de la faillite ;

mais nous basions cette opinion, non pas sur la règle de l'article 448 alinéa 1, mais bien sur le dessaisissement qui frappe le failli. L'exposé des motifs du projet de M. Lébret posait le même principe ; nous estimons cependant que le nouveau projet a fait œuvre utile en édictant cette disposition d'une façon formelle. En ce qui concerne l'article 2146, qui établit que la mort du débiteur, suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession, empêche d'inscrire les hypothèques, la Commission décide qu'il ne faut pas l'étendre à notre matière.

Pour les conflits entre le créancier gagiste et les créanciers ayant un privilège général, les règles du droit commun suffisent à les régler.

Il reste à examiner la situation du gagiste vis à vis des créanciers, qui ont sur le même fonds de commerce, quelque droit spécial. Notons que ces conflits se trouveront plus rares sous le système qui exclut les marchandises du fonds de commerce, puisqu'il n'y a plus de conflit possible entre le créancier nanti du fonds et soit le vendeur des marchandises, soit le bailleur de l'immeuble qu'elles garnissent.

Entre créanciers nantis, l'ordre des inscriptions déterminera le rang de préférence ; dans le cas d'un conflit entre le créancier nanti et le vendeur d'un fonds de commerce, nous avons déjà dit que le privilège du créancier doit l'emporter et la Commission nous donne raison puisqu'elle pose le même principe. Elle permet en outre

au vendeur, malgré la lettre de l'article 550 du Code de commerce, de se prémunir contre ce danger, en consolidant le privilège du vendeur par un nantissement à son profit sur le fonds de commerce cédé.

Pour les règles qui se rapportent à l'inscription du nantissement, la Commission s'inspire du régime hypothécaire ; elle fixe d'abord le temps de la péremption de l'inscription, et conformément à l'article 4 du projet de M. Lébret, elle réduit le délai à cinq ans à partir de la date de cette inscription.

Comme en matière hypothécaire, elle garantit trois années d'intérêts et par cette disposition elle permet aux tiers, qui traitent avec le débiteur de mesurer avec précision l'étendue de son crédit, sans courir le risque de voir le créancier prélever des sommes considérables par suite de l'accumulation des intérêts arriérés.

Elle autorise aussi la radiation volontaire en même temps que la radiation judiciaire ; mais elle dispose qu'elle ne peut avoir lieu que sur la production d'un acte authentique de mainlevée, consenti par le créancier. Mais à quoi bon cet acte authentique, si ce n'est occasionner de nouveaux frais et pourquoi dégager la responsabilité des greffiers, pour la rejeter sur les notaires qui n'ont aucun intérêt dans la question ?

Enfin une dernière question se pose, celle de la liquidation des droits du gagiste. Comment le créancier nanti parviendra-t-il à réaliser son gage ?

Plusieurs cas fort différents peuvent se présenter. Supposons que le fonds ait été vendu à l'amiable, une difficulté surgit, si le créancier nanti n'accepte pas que le prix serve à éteindre la créance garantie. Pour vaincre cette résistance, il faudrait organiser une procédure de purge qui permette de purger le privilège né du nantissement. Mais ici un obstacle s'élève. La première formalité à remplir en matière d'immeubles par l'acquéreur qui veut purger, consiste dans la transcription de l'acte de vente, or, aucune transcription de ce genre n'est requise en cas de cession d'un nantissement commercial. On pourrait se contenter, il est vrai, de la publication de l'acquisition dans un journal d'annonces légales, publication admise par l'usage dans la plupart des places commerciales, et à partir de laquelle court un délai de dix jours pendant lequel il est sursis au paiement du prix ; mais il nous semble plus logique d'exiger une notification individuelle à chacun des créanciers nantis, que l'acheteur peut d'ailleurs facilement connaître.

Nous supposons maintenant que c'est le créancier nanti lui-même qui veut réaliser son gage. Deux cas peuvent se présenter : ou bien le créancier veut chercher à exécuter son gage par la procédure des saisies, pour faire vendre le fonds aux enchères publiques et se payer sur le prix ; ou bien il poursuivra cette exécution au moment de la faillite.

Dans le premier cas, une difficulté se présente : le

législateur n'a édicté aucune règle pour la saisie des fonds de commerce ; la loi n'a prévu aucune procédure d'exécution applicable à des meubles de cette nature ; le droit du créancier gagiste porte en effet sur un meuble incorporel constituant un *universum corpus*, qui n'est point susceptible d'être saisi et vendu dans son ensemble, par la procédure de la saisie mobilière. Aussi la seule procédure que le créancier nanti ait à sa disposition est celle des articles 2078 du Code civil et 93 du Code de commerce, suivant que le gage est civil ou commercial.

Mais ces textes sont insuffisants dans leur application aux fonds de commerce, et M. Percerou (1) signale une série de difficultés qu'ils soulèvent, et à la solution desquelles il consacre la suite de son rapport.

Pour éviter la dépréciation résultant de la cession séparée du fonds et des marchandises qui en sont exclues, il se demande s'il ne serait pas bon de donner au créancier un droit d'option et de l'autoriser à comprendre dans la vente une certaine quantité de ces marchandises. La justice serait appelée à en fixer la quotité, et pour ce motif, il souhaiterait que l'autorisation de justice, exigée seulement pour procéder à la vente aux enchères, quand le gage est de nature civile, fût aussi exigée quand la nature du nantissement est commerciale.

(1) Percerou, rapport précité, p. 252.

Et bien que le tribunal de commerce soit incompétent pour connaître de l'exécution de ses jugements, il voudrait qu'il fût attribué compétence aux juges consulaires pour ordonner la vente, de sorte que le tribunal civil ou le tribunal de commerce, selon les cas, ordonnerait la vente aux enchères publiques des fonds de commerce. Puis pour éviter qu'un débiteur malhonnête ne déprécie le fonds, au moment où la vente va être ordonnée, il propose que le créancier nanti, quand même l'acte serait commercial, puisse obtenir l'envoi en possession immédiate par ordonnance de référé. Enfin il préconise l'organisation d'une procédure spéciale pour la distribution du prix du fonds grevé du nantissement, procédure analogue à celle des articles 750 et suivants du Code de procédure, mais plus brève et plus simple.

Envisageant ensuite le cas où la réalisation du fonds de commerce, s'opère au moment de la déclaration de faillite, M. Percerou estime que la même procédure aura son application, car le créancier nanti est en dehors de la faillite. S'il exerce lui-même les poursuites, aucune difficulté ne prendra naissance ; mais s'il reste inactif la question se pose de savoir si le syndic pourra faire vendre le fonds grevé du nantissement, et l'on décide qu'il pourra poursuivre la réalisation de l'établissement commercial, avec l'autorisation du tribunal de commerce, parce que le fonds restant dans le gage de la masse chirographaire, le syndic, au nom de

celle ci, doit pouvoir le faire vendre dans l'intérêt de celle ci. L'adjudication aura lieu aux enchères publiques et emportera purge. Quant au prix, il conviendrait de procéder à sa distribution au moyen d'une procédure, analogue à la répartition par voie d'ordre, mais plus simple et plus brève.

Telles sont les solutions que la Commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce, propose pour trancher les difficultés, auxquelles la loi du 1er mars 1898 n'avait pas mis fin. Dans son article 14, le projet dispose que « les contrats translatifs de la propriété d'un fonds de commerce, que les tiers détenteurs voudront purger des nantissements qui le grèvent, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné et tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est situé. » Il aborde donc la législation des fonds de commerce dans son ensemble, non seulement pour ce qui touche aux nantissements, mais encore pour les cessions elles mêmes ; il établit en un mot une règlementation complète qui se guide sur les intérêts réels de la pratique. Il est à souhaiter que la proposition nouvelle vienne bientôt compléter la loi du 1er mars 1898, afin de mettre un terme aux controverses nombreuses qu'elle soulève dans son application, et afin d'assurer la sécurité nécessaire au commerce et sa prospérité.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

—

Aubry et Rau. — Traité de droit civil, 3e édition, t. III et IV.

Barbier. — De la dation en nantissement des fonds de commerce.

Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil, 6 édition, t. II.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques, t. I et III.

Bellon. — Du nantissement des fonds de commerce. Paris 1901.

Beudant. — Cours de droit civil français. Les sûretés réelles et personnelles. Tome I.

Boistel. — Précis de droit commercial.

Bravard Veyrières et Demangeat — Traité de droit commercial. T. V.

Catalan. — De la condition juridique des fonds de commerce. Paris 1899.

Colmet de Santerre. — Traité de droit civil, t. VIII et IX.

Dalloz. — Répertoire alphabétique et supplément au répertoire. Industrie et commerce.

Fenet. — Recueil des travaux préparatoires du code civil, t XV.

Fuzier-Hermann. — Répertoire alphabétique, v° Fonds de commerce, t. 22.

Guillouard. — Traité du nantissement et du droit de rétention.

— Traité des privilèges et hypothèques, t. III.

Hartmann. — Introduction historique au traité théorique et pratique des fonds de commerce par G. Lèbre.

Laurençon. — Rapport à la Chambre des députés, 17 juin 1897. *Journal officiel.*

— Documents parlementaires, Chambre 1897, p 1406 Annexe 2523.

Laurent. — Précis de droit civil. T. XXVIII.

G. Lèbre. — Traité théorique et pratique des fonds de commerce.

Lesur. — Du nantissement des fonds de commerce. Paris 1901.

Lordereau. — Fonds de commerce, vente et nantissement. Paris 1900

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial, t. III du gage ; t. VI et VIII, de la faillite.

Magnier. — Essai sur le nantissement des fonds de commerce. Brochure, Paris 1899.

Magnier et Pruvost. — Du nantissement constitué sur les fonds de commerce, 1895.

P. Magnin. — Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1er mars 1898.

Millerand. — Rapport lu à la Chambre des députés le 18 mai 1895. *Jourrnal officiel*, 19 août 1895. Annexe 1324, p. 516. Rapport lu à la Chambre des députés le 5 novembre 1897. Annexe 2271, *Journal officiel du* 23 février 1898, p. 93.

Montier. — Des nantissements de fonds de commerce. Paris 1900.

Nantet. — Des fonds de commerce. Vente et nantissement. Thèse Paris 1899.

Percerou. — Rapport présenté au nom de la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce. *Bulletin de la société d'études législatives*, nos 3 et 4.

Pignolet. — *Revue du Notariat*, no 9584.

Pont. — Des petits contrats Du nantissement, t. II.

Pouillet. — Traité théorique et pratique des brevets d'invention

Planiol. — Précis de droit civil, t. I.

Ch. Robert. — Note sous Rouen, 13 juillet 1900 (D. 1901 2 103).

Rossi. — Mémoires de l'Institut. Académie des sciences morales et politiques : année 1839.

Ruffelet. — Du nantissement des fonds de commerce, thèse 1902.

Saleilles. — Étude sur l'histoire des sociétés en commandite.

Simon (Ch.). — Le fonds de commerce, sa nature juridique, ses éléments, les contrats principaux dont il est l'objet, thèse Paris 1898.

Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial.

Thézard. — Rapport au Sénat sur la proposition de loi de M. Millerand, 23 décembre 1897. Annexe 1898. *Journal officiel* du 20 février 1898.

Troplong — Traité du contrat de mariage, t. IV.

Wahl. — Note sous Douai, 11 juillet 1901 (S. 1888.2.257). Note sous Paris 1895 (S. 1897 2.89). Note sous Bordeaux, 1er avril 1897 (S. 1900.2.241) ; note sous Paris 14 mars 1900 (S. 1901.2.153) . note sous Rouen 13 juillet 1900 (S. 1901.2.177).

Vu : le Président de thèse,
BAILLY

Vu : le Doyen,
BAILLY

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
BOIRAC

Du nantissement des fonds de commerce

INTRODUCTION

Notions générales sur le gage.

PREMIÈRE PARTIE

Définition du fonds de commerce. — Eléments qui constituent le fonds de commerce. — Notion juridique du fonds de commerce.

CHAPITRE I. — Définition du fonds de commerce; éléments qui constituent le fonds de commerce. 27

§ 1. — Définition du fonds de commerce . . . 27

§ 2. — Éléments qui rentrent dans la composition d'un fonds de commerce. 33

CHAPITRE II. — Notion juridique du fonds de commerce. 43

§ 1. — Le fonds de commerce constitue-t-il une universalité juridique ? 43

§ 2. — Le fonds de commerce est-il un meuble ? 59

§ 3. — Le fonds de commerce est-il un meuble corporel ou un meuble incorporel ? . . . 62

§ 4. — Le fonds de commerce est-il une chose fongible ou un corps certain ? 66

DEUXIÈME PARTIE

Etude du nantissement.

CHAPITRE I. — Difficultés antérieures a la loi de 1898. 69
Section I. — Jurisprudence des juridictions civiles . 72
Section II. — Jurisprudence des tribunaux consulaires 82
Section III. — Travaux préparatoires. — Discussion et texte de la loi 91

CHAPITRE II. — Etude de la loi du 1er mars 1898 . 102
Section I. — **Constitution du nantissement.** . . . 102
§ 1. — *Par qui et au profit de qui un nantissement peut-il être constitué* 102
A. — Au profit de qui peut-il être constitué . . .
B. — Par qui peut-il être constitué { *a*). — Il faut être propriétaire . . 103 ; *b*). — Il faut avoir la capacité d'aliéner le fonds . . 108
§ 2. — *Formes et publicité* 112
1. — L'inscription est elle suffisante ? Faut-il observer en outre les prescriptions des articles 2074 et suivants du Code civil 112
2. — En quoi consiste l'inscription ? Où doit-elle être prise ? 126
3. — Mentions que doit contenir l'inscription. 130
4. — En quel temps l'inscription doit-elle être prise ? 133
5. — Durée de la validité de l'inscription . 144
6. — Publicité des registres. 145

Section II. — **Etendue du nantissement** 147
§ 1. — Etendue quant à l'objet du nantissement. 147
§ 2 — Etendue quant à la créance garantie . . 166
Section III. — **Effets du nantissement**. 174
§ 1. — Obligations du débiteur 177
§ 2. — Droits du débiteur 182
§ 3. — Obligations du créancier 184
§ 4. — Droits du créancier. 185
1. — Droit de rétention 185
2. — Droit de suite 187
3. — Droit de réalisation 191
4. — Droit de préférence 196
Section IV. — **Extinction du nantissement** 209
§ 1. — Extinction par voie de conséquence . . 209
§ 2. — Extinction par voie principale 210
1. — Renonciation du créancier . . . 211
2. — Perte du fonds 216
3. — Défaut d'inscription 217
4. — Prescription. 218
5. Confusion. 220

Appendice. — § 1. — De la radiation. 221
§ 2. — De la réduction 224

Conclusions. — Critique de la loi du 1er mars 1898 et modifications qu'il conviendrait d'y apporter . . 226

Index bibliographique. 251

Table des matières. 254

A. ROUSSEAU, Imprimeur-Éditeur. — PARIS.